

# 1. Kapitel

## Richtig vererben, richtig schenken

### 1.1. Richtig vererben

Ist nicht der Wunsch der meisten Paare familiäres Glück? Ungeachtet aller Mühen – manchmal Streitigkeiten oder Unstimmigkeiten des Alltags – haben Eltern familiäre Harmonie und Glück als großes Lebensziel vor Augen. Familie ist ein tägliches wechselseitiges Geben und Nehmen, ein Einander-Befruchten. Familie sollte aus einem Miteinander, vollem Zutrauen und wechselseitiger Unterstützung bestehen. Die meisten wünschen sich, dass nach ihrem Tod ihre Lieben versorgt sind<sup>1</sup>, sie gegebenenfalls ihre Ausbildung erfolgreich beenden können, auch wenn dies erhebliche finanzielle Anstrengungen bedeutet, und vor allem, dass sie in Frieden miteinander leben.

Ja, und zur Erreichung genau dieses Ziels kann man zu Lebzeiten, wenn man Schenkungen macht oder sein Testament errichtet, ganz erheblich beitragen. Ich bin ein Befürworter von Schenkungen zu Lebzeiten an die eigenen Kinder zu einem Zeitpunkt, wenn sie die Vermögenszuwendung brauchen, etwa um ein adäquates Zuhause (Wohnung, Haus) zu erhalten oder eine teure Ausbildung der Enkelkinder oder sonstige Aktivitäten zu ermöglichen, die die eigenen Kinder sonst nicht finanzieren könnten. Die Vermögenszuwendung erst mit dem Tod und dem Erbgang kommt vielfach zu spät, die „Aufbauphase“ der eigenen Kinder ist, wenn der Erblasser 80- oder 90-jährig verstirbt, längst schon vorbei, der Vermögenszuwachs wäre hilfreicher gewesen, wenn er früher erfolgt wäre. Zur Schenkung siehe unter Punkt 1.2.

Selbst wenn es innerfamiliär Zerwürfnisse gibt, kann man durch Schenkung oder zumindest durch eine wohldurchdachte Erbregelung Fehler der Vergangenheit lindern – und soll sie jedenfalls nicht wiederholen.

Der Leser wird geneigt sein, mir an dieser Stelle vorzuhalten, dass ich ein Idealbild der „heilen Familie“ zeichne, das sich so in der Realität nicht erreichen lässt – eine Illusion.<sup>2</sup> Jeder Mensch könne mit seinem Vermögen machen, was er will.

Ich gebe zu, dass Theorie (Ideal) und Wirklichkeit bisweilen auseinanderklaffen. Aber das sollte uns nicht davon abhalten, spätestens anlässlich der Errichtung des Testaments innezuhalten, das Leben Revue passieren zu lassen, auch eigene Versäumnisse oder Fehler einzugestehen (womit dann die Fehler oder Charakterschwächen der anderen, wenn

---

1 Zu diesem Zweck kann es sich durchaus empfehlen, eine Ablebensversicherung (Risikoversicherung) abzuschließen, die dann beim Todesfall die vereinbarte Versicherungssumme auszahlt.  
2 J. Reich-Rohrwig, Planung der Vermögensnachfolge, *ecolex* 2019, 683, 686.

man deren Ursachen vielleicht im eigenen Verhalten erkannt hat, nicht mehr so gravierend erscheinen) und dann eine wohlausgewogene, vernünftige und auf Beibehaltung oder Wiederherstellung des Friedens in der Familie gerichtete letztwillige Verfügung zu errichten.

Man sollte nicht davon ablassen, dieses Ziel anzustreben. Oder, wie es *Johann Wolfgang von Goethe* (Faust II) ausgedrückt hat: „*Wer immer strebend sich bemüht, den können wir erlösen.*“<sup>3</sup>

Und genau zur Erreichung dieses Ziels soll der Leser von mir animiert werden. Damit meine ich, dass man nicht aus einer Tageslaune heraus als der große „Racheengel“ Bestrafungen vornehmen soll, wie zB Kinder auf den Pflichtteil setzen oder enterben oder einzelne Angehörige unsachlich bevorzugen. Derartige Testamentsverfügungen reißen emotionale Gräben auf und hinterlassen Wunden bei den Betroffenen, die ein Leben lang nicht mehr heilen.

Will man denn wirklich erreichen, dass sich einzelne Kinder benachteiligt fühlen und die Geschwister der Erbschleicherei bezichtigen? – dass die Gesprächsbasis unter den Geschwistern dauerhaft belastet wird? – dass das seinerzeitige Miteinander in der Familie zerbricht, ja sogar ins Gegenteil verkehrt wird?

Eine wohlausgewogene Aufteilung des Erbes macht daher Sinn. Sie ist eine elterliche Pflicht, auch wenn sie so in keinem Gesetzbuch steht. Anklänge in dieser Richtung finden sich allerdings im gesetzlichen Pflichtteilsrecht, das im 8. Kapitel näher erläutert wird.

Eine wohlausgewogene letztwillige Verfügung bedeutet nicht, dass alle Angehörigen und der Ehegatte schematisch gleichgestellt werden müssen. Aber unverständliche Ungleichbehandlungen sollten vermieden werden. Ziel sollte es sein, bei allen Angehörigen und beim Ehepartner Verständnis für die Erbaufteilung zu erreichen, deren Vorstellungen in die Erbaufteilung einfließen zu lassen und so weit wie möglich zu berücksichtigen. Dazu gehören auch Aspekte der Praktikabilität, die Vermeidung überzogener Regelungen und, wenn die Kinder noch minderjährig sind, die Beachtung von Aspekten der Vormundschaft und der Bestellung eines Kollisionskurators.

Es empfiehlt sich daher, zu Lebzeiten mit den Kindern und dem Ehegatten deren Ansichten über die Erbaufteilung zu besprechen, gemeinsam zu erörtern, wie es nach dem Tod mit der Versorgung der Familienmitglieder, mit Aufteilung, Besitz und Verwaltung des Vermögens weitergehen soll: An wen sollen welche Vermögensteile – seien es Unternehmen, Firmenanteile, Immobilien oder sonstige Sachen – übertragen werden bzw wer kommt nach seinen Fähigkeiten und Neigungen in Betracht, diese zu übernehmen? Falls Vermögen im Miteigentum hinterlassen wird, ist zu erörtern, wer dieses künftig verwaltet und ob eine gemeinsame Benützung (etwa des Feriendomizils oder der Familienvilla) bei der gegebenen Konstellation praktisch sinnvoll ist. Gegebenenfalls kann man auch vorausblickend Wohnungseigentum an den einzelnen Wohneinheiten begründen.

So mancher Elternteil erlebt im Zuge solcher Gespräche Überraschungen, weil er die Vorstellungen oder Präferenzen seiner Kinder bisher falsch eingeschätzt hat. Ja, man

---

3 Faust II, Vers 11.936.

spricht nicht gern über den Tod, und dennoch sollte man vor diesem Tabuthema nicht Halt machen. Es kann sinnvoll sein, für solche Gespräche auch einen erfahrenen Berater (Rechtsanwalt, Steuerberater, Notar) beizuziehen, eventuell sogar einen Coach, der all-fällige familiäre Spannungen ausgleicht, unterschiedliche Vorstellungen überbrückt und die künftigen Erben zu einer allseits akzeptierten Lösung bringt. Hier spielen menschliche Faktoren genauso wie rechtliche (zB erb- und steuerrechtliche) Parameter eine wichtige Rolle.

Vielleicht ist das Ergebnis auch, dass man noch zu Lebzeiten bestimmte Vermögensstücke verkauft, wenn die Erben daran kein Interesse haben oder nach dem Tod mit einer Beeinträchtigung des Wertes zu rechnen wäre. Geld (dh der Verkaufserlös) lässt sich bekanntlich auch leichter teilen. Gerade wenn es um ein Unternehmen oder um Firmenanteile geht und der Unternehmer keinen geeigneten Nachfolger im Familienkreis hat, ist hier auch zu bedenken: Der Unternehmer hat bei den Verkaufsgesprächen wahrscheinlich mehr Sachwissen, aufgrund seines Lebensalters vielleicht auch mehr Verhandlungsgeschick als nach seinem Tod die Witwe oder die Junioren, die nicht vom Fach sind und das Unternehmen nicht kennen. Zudem können der Tod und damit der Wegfall der Führungspersönlichkeit sowie die Fortführung des Unternehmens während eines streitigen Verlassenschaftsverfahrens zu einer Wertvernichtung führen (siehe Kapitel 12.1.).

Oder man entscheidet sich im Zuge der Nachlassplanung für die Errichtung einer Privatstiftung, sei es zu Lebzeiten, sei es auf den Zeitpunkt des Todes. Die Errichtung der Privatstiftung zu Lebzeiten hat auch den Charme, dass der Stifter die Verwaltung seines Vermögens oder seiner Beteiligungen gesichtswahrend abgeben und in professionelle Hände legen kann; das gerade in einer Phase, wo vielleicht seine Kräfte, sein Elan und seine Geisteskräfte nachlassen, er zugleich aber eine Lösung wählt, die mit hohem Sozialprestige – „meine Stiftung“ – verbunden ist.

Dieses Buch behandelt weiterführende Aspekte zur Vererbung von Einzelunternehmen im 12. Kapitel, von Gesellschaftsanteilen im 13. Kapitel und zur Privatstiftung im 14. Kapitel.

Noch einmal zurück zu Unternehmen und Firmenanteilen: Die Bewertung von Unternehmen und Firmenanteilen bereitet in der Praxis oftmals Schwierigkeiten und unterliegt großen Bandbreiten. Der Tod der Unternehmerpersönlichkeit kann die Ertrags-erwartungen und somit die Bewertungsgrundlage und den Wert des Unternehmens massiv beeinträchtigen. Will man die negativen Auswirkungen des Todes vermeiden, empfiehlt sich eine Übergabe zu Lebzeiten des Unternehmers. Um Streitigkeiten mit den anderen gesetzlichen Erben bei der späteren Erteilung oder Bemessung der Pflichtteile hintanzuhalten, sollte der Unternehmer – der künftige Erblasser – versuchen, die bei der Erbaufteilung künftig zugrundelegenden Werte im Einvernehmen mit allen Nachfolgern durch bindende Vereinbarung festzulegen. Mit einer vorweggenommenen Erbaufteilung sollten auch umfassende oder partielle Pflichtteilsverzichte (in Notariatsaktform) vereinbart werden. Denn anderenfalls sind heftige Kontroversen zu erwarten, falls das Unternehmen eine überdurchschnittliche Entwicklung nimmt und darüber diskutiert wird, ob diese Entwicklung von Anfang an zugrundegelegt war oder nur auf die besondere Tüchtigkeit des Nachfolgers zurückzuführen ist und daher bei der Bewertung außer Betracht zu bleiben hat.

Und was soll man machen, wenn die Kinder für ein solches Gespräch über die Erbaufteilung noch nicht alt genug sind?

In diesem Falle müssen die Eltern die Entscheidung über das Erbe selbst treffen, sich gemeinsam beraten. Es kann sich aber auch empfehlen, einen erfahrenen Berater beizuziehen, mit dem sie ihre Vorstellungen diskutieren, sie auf Sinnhaftigkeit und praktische Durchführbarkeit „abklopfen“.

Um Eventualitäten vorzubeugen und um das zu vererbende Vermögen nachhaltig in den Händen der Familie (Nachkommen) zu halten, werden mitunter im Testament auch Ersatzerben oder Nacherben eingesetzt. Oder man erteilt testamentarisch Auflagen, setzt aufschiebende oder auflösende Bedingungen fest, um die angestrebte Nachfolgeregelung rechtlich zu fixieren. Solche Auflagen können – wenn es um die Aufteilung von Gesellschaftsanteilen unter den Erben geht – auch in der Einbringung der vererbten Firmenanteile in eine unter den Erben zu gründende Holding-Gesellschaft, im Abschluss eines Syndikatsvertrages oder in der gegenseitigen Einräumung von Vorkaufs- und Mitverkaufsrechten oder -pflichten bestehen. Zu prüfen ist, ob der vorhandene Gesellschaftsvertrag solche Gestaltungen zulässt; falls nein, so könnte man versuchen, im Verhandlungswege mit den Mitgesellschaftern eine Zustimmung zur intendierten Regelung der Nachfolge zu erreichen. Bei Liegenschaften kommen etwa die Anordnung von Belastungs- und Veräußerungsverboten, von zeitlich befristeten Teilungsverboten sowie die letztwillige Einräumung von Fruchtgenuss- oder Wohnrechten in Betracht. Das sind nur einige der vielen Möglichkeiten, die sich im Rahmen der Nachlassgestaltung bieten.

In diesem Buch wollen wir die Grundlagen des österreichischen Erbrechts, und zwar die wesentlichen rechtlichen Rahmenbedingungen für das (richtige) Vererben, darstellen. Naturgemäß – um die Übersicht nicht ganz zu verlieren – können nicht alle Feinheiten des Erbrechts und nicht alle Gestaltungsvarianten angesprochen werden. Steuerliche Aspekte, die häufig auch eine wesentliche Rolle spielen, haben wir überhaupt weitestgehend ausgeklammert. Das würde den Rahmen des Buches sprengen.

Dieses Kapitel ist mit „Richtig vererben, richtig schenken“ betitelt. Doch was bedeutet das? Richtig vererben bedeutet meines Erachtens:

- die Erbnachfolge menschlich und moralisch richtig zu regeln;
- aber auch bei der Nachlassplanung und bei der Erstellung der letztwilligen Verfügung – sei es Testament, sei es Vermächtnis – keine Fehler zu machen und die Weichen für die nächste Generation richtig zu stellen;
- klare Regelungen zu treffen, das Erbe durchaus aufzuteilen<sup>4</sup>, künftige Berührungspunkte der Erben untereinander zu vermeiden oder so gering wie möglich zu halten.<sup>5</sup>

Man sollte aber auch Alternativen – zB Schenkungen zu Lebzeiten; die Errichtung einer Privatstiftung; den Abschluss eines Ehepaktes oder Erbvertrages – prüfen und gegebenenfalls umsetzen.

Unklarheiten und rechtliche Irrtümer in den Verträgen und im Testament – wie man sie bei „handgestrickten“ (von juristischen Laien selbst verfassten) Testamenten immer

---

4 Zum Beispiel den Hausrat, das Mobiliar, Antiquitäten, Kunstwerke, Vermögensveranlagungen und Immobilien; J. Reich-Rohrwig, Planung der Vermögensnachfolge, *ecolex* 2019, 683, 685 ff.

5 J. Reich-Rohrwig, Planung der Vermögensnachfolge, *ecolex* 2019, 683 ff.

wieder vorfindet – gilt es zu vermeiden. Wer sich bei der Nachlassgestaltung eines erfahrenen (rechtlichen) Beraters bedient, beugt nicht nur Fehlern vor, sondern erspart den Erben dadurch auch hohe Folgekosten.

Das folgende 2. Kapitel enthält einige Beispielfälle, in denen bei der Errichtung des Testaments oder bei der Nachfolgeplanung im Unternehmen etwas „schiefgegangen“, sogar „massiv schiefgegangen“ ist.

Die Rechtsordnung ist so kompliziert geworden, dass man sich üblicherweise gar nicht vorstellen kann, welche „rechtlichen Fallen“ lauern, welche Fehler man machen und welche Konsequenzen das für die Erben haben kann. Durch „kleine“ Fehler werden letztwillige Verfügungen und die Erbfolge mitunter zum großen Albtraum der Erben. Wer das folgende 2. Kapitel liest, weiß, was ich damit meine.

### Schlussbemerkung

Wer einmal ein Testament errichtet hat, sollte durchaus von Zeit zu Zeit überlegen, ob es notwendig oder sinnvoll ist, es zu überarbeiten und zu aktualisieren. Die Verhältnisse können sich zwischenzeitig geändert haben – und ebenso die Bedürfnisse jener Personen, die man bedenken will. Das kann die Errichtung eines neuen Testaments oder eines Nachtrags zum alten durchaus empfehlenswert machen. Ebenso ist die Errichtung einer Vorsorgevollmacht und einer Patientenverfügung überlegenswert.

## 1.2. Richtig schenken

Wer über seine Vermögensnachfolge nachdenkt – vor allem über eine Schenkung zu Lebzeiten –, sollte im Vorhinein folgende Fragen für sich beantworten:<sup>6</sup>

- Wie alt ist er, der Geschenkgeber selbst? Welche Bedürfnisse hat er jetzt und in Zukunft?
- Will er sich bei Vermögensübergabe zu Lebzeiten noch Zugriff oder Einkommen aus dem ihm derzeit gehörigen, zu übertragenden Vermögen zurückbehalten oder Einfluss auf die Verwaltung des Vermögens/Unternehmens ausüben?
- Bei Übergabe zu Lebzeiten: Wie sichert sich der Geschenkgeber ab
  - gegen eigene künftige Vermögenslosigkeit/Bedürftigkeit/Unterhalt?
  - wenn der Beschenkte sich unbotmäßig/undankbar/strafbar gegen den Geschenkgeber oder dessen nahe Angehörige oder gegen das Familienunternehmen oder sich sonst wirtschaftlich unsinnig verhält?
- Wer soll das Vermögen erhalten? Wann? Wie alt ist bzw sind der oder die Empfänger (Nachfolger)? Welche (geschäftlichen) Erfahrungen haben sie im Umgang mit dem in Rede stehenden Vermögen oder Firmenanteilen? Sollen die Empfänger sogleich oder erst später über das Vermögen verfügen können?
- Wenn ein Unternehmen oder Gesellschaftsanteile zum Vermögen gehören: wie ist es um die Zukunft des Unternehmens bestellt? Sind das Unternehmen oder die Firmenanteile in Wahrheit ein „Danaer-Geschenk“, das dem (den) Nachfolger(n) eher Probleme und Sorgen bereiten wird?
- Sollen und wollen die Nachfolger im Familienunternehmen künftig mitarbeiten? Sind sie gleichermaßen tüchtig und befähigt? Erachten sie den Eintritt ins Familien-

6 Der folgende Text ist dem Aufsatz des Verfassers „Planung der Vermögensnachfolge“ entnommen, der in ecolex 2019, 683 bis 685 veröffentlicht wurde.

unternehmen als Chance, als etwas Positives oder als Bürde? Haben die Nachfolger andere Interessen oder Neigungen? Wollen sie ihren Lebensinhalt ausschließlich oder überwiegend dem Familienunternehmen widmen? Bejahendenfalls, gilt dies auch für alle Zukunft? Wollen sie im Ausland leben?

- Welche Bedürfnisse hat (haben) der oder die Nachfolger? Ist auch ein Wandel ihrer Bedürfnisse im Laufe der Zeit denkbar, etwa falls sie heiraten, Kinder bekommen oder ihren Lebensmittelpunkt ändern?
- Wie lange will der Geschenkgeber/Erblasser das Unternehmen weiterhin führen oder Funktionen im Unternehmen (Geschäftsführung, Aufsichtsrat) ausüben? Bis zum 65., 70., oder gar bis zum 80. oder 90. Lebensjahr? Ist das für ein Unternehmen förderlich? Will er eine bestimmte Verwaltung oder Verwendung des Vermögens in Zukunft sichergestellt wissen? Oder sollte er besser seinen Nachfolgern „das Ruder übergeben“<sup>7</sup>, keine allzu engen Grenzen setzen und nicht allzu detaillierte Vorgaben machen, vor allem in einer Zeit, in der die technologischen und wirtschaftlichen Entwicklungen rasanter verlaufen denn je und sich vieles verändert?
- Wenn es zwei oder mehrere Nachfolger gibt: Wie soll das Verhältnis der Nachfolger zueinander in Bezug auf die Verwaltung und Verfügung über das Vermögen geregelt werden? Sollen sie gleichberechtigt sein oder soll einer den anderen stets dominieren, quasi bevormunden können?
- Wenn man einen Gesellschaftsanteil übertragen möchte: Ist der Geschenkgeber in der Auswahl seiner Nachfolger und in der Verfügung über seine Anteile durch gesellschaftsvertragliche Klauseln beschränkt?<sup>8</sup>
- Hat der Betreffende einen Ehegatten bzw eingetragenen Partner/Lebensgefährten, den es zu versorgen gilt? Soll dieser am Stammvermögen unmittelbar oder nur an den Früchten beteiligt sein oder soll für ihn anderweitig vorgesorgt werden?

Bei der Zukunftsplanung sollte nicht nur ein allzu kurzer Betrachtungshorizont gewählt werden.

- Welche Bedürfnisse werden die Nachfolger – Ehepartner/Kinder/Enkelkinder (!) – in den nächsten Jahren und Jahrzehnten haben?
- Sind die Nachfolger/Erben befähigt/geeignet, das konkrete Vermögen/Unternehmen zu verwalten bzw zu führen? Oder sollte das Unternehmen/der Gesellschaftsanteil besser noch zu Lebzeiten veräußert werden, solange der bisherige Unternehmer, der das Unternehmen und die Branche viel besser kennt als seine Nachfolger, am Leben ist und den Verkauf wahrscheinlich viel besser verhandeln kann? Sollte statt des Unternehmens der Verkaufserlös, der sich viel leichter teilen lässt, geschenkt oder vererbt und geteilt werden?

---

7 Zu Standardproblemen des Generationenkonfliktes siehe *J. Reich-Rohrwig*, Nachfolgeregelung und Willensbildung in der Familienkapitalgesellschaft, in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe* (Hrsg), Die Kapitalgesellschaft nach der Steuerreform 1988 (1989), 73, 81 ff.

8 Vgl OGH 14.11.1991, 8 Ob 534/91, *ecolex* 1992, 169; 11.2.1997, 10 Ob 34/97s, *ecolex* 1997, 774; s auch BGH 5.11.1984 – II ZR 147/83 BGHZ 92, 386 zur Anwendung der Nachfolgeklausel einer GmbH, wenn der vererbte Geschäftsanteil einer Erbengemeinschaft anfällt, der teils nachfolgeberechtigte und teils nicht nachfolgeberechtigte Erben angehören. Die Verfügung über den Miterbenanteil an einem Nachlass, zu dem ein Geschäftsanteil an einer GmbH gehört, bedarf nicht der für die Abtretung des Geschäftsanteils erforderlichen Genehmigung. Der Erwerber kann aber schuldrechtlich verpflichtet sein, hinsichtlich des Geschäftsanteils die satzungsmäßige Rechtslage wiederherzustellen.

- Wird – wenn es zwei oder mehrere Nachfolger gibt – zwischen diesen die gemeinsame Verwaltung des Vermögens oder Führung des Unternehmens funktionieren? Oder wird es Streit geben? Lassen sich Konfliktpotentiale oder Streitpunkte vermeiden? Ist eine ungleiche Vermögensverteilung oder Bevorzugung eines Erben – bspw als Nachfolger im Unternehmen – ggf der Grundstein für zukünftige Konflikte?

Ungeachtet aller Bemühungen um sachgerechte Lösungen für die Zukunft sollte die menschliche Fähigkeit, die Zukunft vorherzusehen, nicht überschätzt werden.

Was den Zeitpunkt der Übergabe eines Unternehmens betrifft, sollte der Betreffende keiner Fehleinschätzung seiner eigenen Fähigkeiten und seiner künftigen „Leistungskurve“ für die Zukunft unterliegen: Es entspricht der Lebenserfahrung, dass bei den meisten Menschen mit zunehmendem Alter die körperlichen und geistigen Kräfte nachlassen; nur will man das oft nicht wahrhaben. Bei vielen Menschen können altersbedingte Krankheiten, wie Parkinson, Demenz oder ein Schlaganfall mit Dauerfolgen dazukommen, die ihnen überhaupt die Fähigkeit rauben, selbst noch wirtschaftlich aktiv zu sein. In dieser Phase ist man völlig auf die Hilfe anderer Menschen angewiesen; ein Unternehmen zu führen, ist dann wahrscheinlich unmöglich.

Wer den richtigen Zeitpunkt der Unternehmensübergabe versäumt, kann großen Schaden anrichten, quasi sein eigenes „Lebenswerk“ zerstören. Man sollte auch daran denken, dass die heranwachsende Generation rechtzeitig – nicht erst im Alter von 45 oder 50 Jahren – die Unternehmensleitung übernehmen will. Die „Jungen“ wollen schon wesentlich früher gestaltend und leitend tätig sein, ohne unter täglicher Beobachtung des „Übervaters“ zu stehen. Außerdem ist es bei den rasanten technologischen Entwicklungen – Stichworte: digitale Transformation und künstliche Intelligenz – in aller Regel ein Gebot der Stunde, rechtzeitig zu übergeben, damit die nächste Generation, die wesentlich mehr Affinität zu den neuen Entwicklungen hat, diese rechtzeitig implementieren kann.

Eventuell kann auch ein älterer Fremdgeschäftsführer als Co-Manager eingestellt werden, um in einer Übergangsphase für Kontinuität sorgen.

Es kann sich auch die Frage stellen, ob der Betreffende seinen Ehegatten oder tüchtige Schwiegerkinder zu Lebzeiten oder von Todes wegen – für immer oder vorübergehend – in die Gesellschaft aufnehmen will. Zu beachten ist, dass mangels anderer Vereinbarung der Verkauf von Gesellschaftsanteilen an Schwiegerkinder nicht deshalb rückgängig gemacht werden kann, weil später deren Ehe geschieden wird; mit der Ehescheidung würde nämlich keine typische Geschäftsgrundlage für den Anteilskauf wegfallen.<sup>9</sup> Anders könnte dies hingegen bei der Schenkung von Gesellschaftsanteilen oder Aktien aus Anlass der Eheschließung sein<sup>10</sup>; dem steht natürlich der Gedanke entgegen, dass das Gesellschafts-

9 OGH 5 Ob 387/59, JBl 1960, 187 mit Anm *Gschnitzer*; 2.11.1976, 5 Ob 667/76, NZ 1979, 172 = EFSlg 27.123 (siehe dazu *Bauerreiss*, NZ 1977, 81 ff); zur Bürgschaft: der Fortbestand der Ehe ist keine typische Vertragsvoraussetzung: OGH 7 Ob 207/70.

10 *Bauerreiss*, NZ 1977, 81 ff. Zur Anfechtung der Schenkung, die mit Rücksicht auf die Ehe gemacht wurde, wegen Motivirrtums, OGH RIS-Justiz RS 0017750; RS 0017677; zum Widerruf der Schenkung analog zu § 1266 ABGB durch jenen Ehegatten, den kein oder nur ein gleichteiliges Verschulden an der Ehescheidung trifft, OGH RIS-Justiz RS 002300; zur Nachstiftung in eine Privatstiftung OGH 10 Ob 22/13b.

verhältnis jedenfalls ein Dauerschuldverhältnis ist, das nach herrschender Ansicht – von Ausnahmefällen abgesehen – regelmäßig nicht rückabgewickelt werden kann.<sup>11</sup>

In Bezug auf Ehegatten und Schwiegerkinder wird fallweise empfohlen, von deren Beteiligung an der Gesellschaft abzusehen und sie bei entsprechender Befähigung nur in die Geschäftsführung zu berufen – dies vor allem deshalb, weil knapp die Hälfte aller Ehen geschieden wird und das Unternehmen im Zuge von Scheidungsaueinandersetzungen erfahrungsgemäß in Mitleidenschaft gezogen wird, wenn hier keine klaren Verhältnisse bestehen. Entgeltliche Abtretungsanbote können hier vielfach nicht in gleichem Maße Abhilfe schaffen, wie wenn von einer Beteiligung des Ehegatten von Anfang an abgesehen worden wäre.<sup>12</sup> Zumindest könnte in einem Ehepakt eine Ausscheidensregelung getroffen oder ein Schenkungsanbot<sup>13</sup> erstellt werden. Die Form des Notariatsakts ist einzuhalten.

Meines Erachtens sollte man bei der Nachfolgeplanung nicht so sehr seine eigenen Interessen/Ziele verfolgen, seine eigenen (eventuell selbst nicht erreichten) Ziele seinen Nachkommen aufoktroieren, sondern sich auch von den Interessen, Bedürfnissen und Neigungen der Nachfolger leiten lassen, damit diese auch in Zukunft ihr Leben selbstbestimmt gestalten und friedvoll miteinander auskommen können. Deshalb ist es wichtig, dass man die Vermögensnachfolge im Konsens mit allen Nachfolgern regelt! Dabei sollte allerdings auch angedacht und geregelt werden, was passiert, wenn dieser Konsens später wegfällt oder sich Nachfolger als geschäftlich ungeeignet, wirtschaftlich erfolglos oder unredlich erweisen.

Sofern die Art des Vermögens (zB mehrere Häuser, Wertpapiervermögen, Firmenvermögen) es zulassen, besteht die erste Weichenstellung bei der Nachfolgeregelung darin, ob der Betreffende seinen Nachfolgern getrennte Vermögensmassen hinterlässt und auf diese Weise die künftigen Berührungspunkte zwischen seinen Nachfolgern vermeidet oder so gering wie möglich hält, oder ob er den Nachfolgern seine Vermögensgegenstände nach Quoten – somit im Miteigentum oder im Rahmen von Gesellschaftsverhältnissen – hinterlässt, oder ob er gar eine Privatstiftung errichtet, an die er sein ganzes Vermögen oder wesentliche Teile davon überträgt und seine Nachfolger nur Begünstigte sind (oder nicht einmal das).

Diese Gestaltungsformen haben höchst unterschiedliche Auswirkungen auf die künftigen Beziehungen der Nachfolger bzw Erben zueinander. An dieser Stelle verweise ich auf meine weiteren Ausführungen in meinem Aufsatz zur Planung der Vermögensnachfolge in *ecolex* 2019, 685 ff.

Es gibt zahlreiche juristische Möglichkeiten, wie man die Vermögensübertragung zu Lebzeiten vertraglich bewerkstelligen kann:

- durch Schenkung, also aus Freigiebigkeit, wodurch der oder die Nachfolger unbeschränktes und unbelastetes Eigentum erwerben;
- durch Schenkung bloßer Miteigentumsanteile oder eine Mitbeteiligung an einem Wertpapierdepot;<sup>14</sup>

---

11 *Gschntzer* in *Klang*<sup>2</sup> IV/1, 137; *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 859 Rz 43; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.03<sup>3</sup> § 859 Rz 24; *J. Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 421 bei FN 73 mwN.

12 Siehe *J. Reich-Rohrwig*, Abtretungsanbote für GmbH-Geschäftsanteile, WBl 1987, 229 ff.

13 Vgl OGH 1 Ob 61/97w.

14 Vgl OGH 2 Ob 122/17f.



- durch Schenkung mit Auflage;
- durch Schenkung unter auflösender Bedingung. Die auflösende Bedingung kann zB darin bestehen, dass die Schenkung, falls der Beschenkte ohne Kinder versterben sollte, aufgelöst ist und das Geschenk an den Geschenkgeber bzw dessen Erben zurückfällt (und diese auflösende Bedingung im Grundbuch eingetragen ist);
- durch Schenkung unter Festsetzung eines Besitznachfolgerechts für die Nachkommen des Beschenkten, ähnlich einer Nacherbschaft;
- durch Schenkung unter Vorbehalt des Fruchtgenussrechts<sup>15</sup> oder – wenn es sich um eine Liegenschaft handelt – unter Vorbehalt eines Wohnungsgebrauchsrechts;
- durch Verkauf der Sache oder durch gemischte Schenkung an den oder die Nachfolger gegen Leibrente oder Versorgungsrente;
- durch Verkauf der betreffenden Sache (Liegenschaft, Wohnung, Unternehmen, Gesellschaftsanteil) an den Nachfolger oder an Dritte, um den Verkaufserlös an alle Nachkommen verteilen zu können;<sup>16</sup>
- bei Unternehmen durch Eingehung eines Gesellschaftsverhältnisses mit dem (den) Nachfolger(n) und Regelung der Nachfolge in die restlichen Anteile des Geschenkgebers bei dessen Tod;
- durch Errichtung einer Privatstiftung;
- durch Schenkung auf den Todesfall.<sup>17</sup>

Die jeweils anwendbaren Formvorschriften, insbesondere die Notariatsaktsform bei Schenkungen, Schenkungen auf den Todesfall, Abtretungsanboten für GmbH-Geschäftsanteile und bei Errichtung einer Privatstiftung, sind einzuhalten.

### **Tücken bei der Schenkung unter Lebenden:**

Der Geschenkgeber muss sich im Klaren sein, dass er durch die Schenkung einer Sache das Eigentum daran aufgibt und daher grundsätzlich auch keine Nutzungsmöglichkeit in der Zukunft hat. Ein Widerruf der Schenkung ist gesetzlich nur sehr eingeschränkt zulässig: Bei Bedürftigkeit des Geschenkgebers haftet der Beschenkte für den nötigen Unterhalt in der Weise, dass der Geschenkgeber 4 % Zinsen pa vom Wert des Geschenkes verlangen kann.<sup>18</sup> Wegen „groben Undanks“ ist der Widerruf der Schenkung möglich, allerdings sind die gesetzlichen Voraussetzungen für „groben Undank“<sup>19</sup> sehr einschränkend.

Kaufmännische Ungeschicklichkeit des Nachfolgers, dem etwa das Unternehmen oder Gesellschaftsanteile übertragen werden, sind kein Widerrufsgrund, könnten aber als solcher vereinbart werden. Ebenso könnte ein bedingtes oder unbedingtes Rückschen-

15 Bei Fruchtgenussrechten an Liegenschaften besteht ein steuerlicher Nachteil darin, dass – so die Auffassung der Finanzverwaltung – der Geschenkgeber, der die Liegenschaft unter Vorbehalt des Fruchtgenussrechts verschenkt hat, die AfA nicht mehr geltend machen und daher nicht von seinen Mieteinkünften absetzen kann; er kann allerdings mit dem Geschenknehmer die Bezahlung einer „AfA-Miete“ vereinbaren und diese dann bei Ermittlung der Mieteinkünfte als Betriebsausgabe absetzen. Dadurch entgehen ihm aber die der AfA entsprechenden Erträge und diese kommen dem Beschenkten zu.

16 Meist ist diese Vorgangsweise aber steuerlich nachteilig und scheidet daher realistischerweise aus.

17 Dass diese Art der Verfügung dem auf den Todesfall Beschenkten keine 100%ige Sicherheit verschafft, wird im 3. Kapitel unter 3.49. ausgeführt.

18 § 947 ABGB.

19 § 948 ABGB.

kungsanbot des Geschenknehmers an den Geschenkgeber auf dessen Lebzeiten oder zeitlich befristet (etwa für die ersten fünf Jahre) vereinbart werden.

Meines Erachtens sollte sich der Geschenkgeber allerdings solche einschränkenden, auf Rückgängigmachung abzielenden Vertragsklauseln, die er dem Geschenknehmer auferlegen (aufoktroieren) will, wohl überlegen: Denn der Geschenknehmer wird dies als Misstrauen, als Überwachungsmöglichkeit und ständige Bevormundung durch den Geschenkgeber empfinden. So können bei der Unternehmensführung oder Vermögensverwaltung unterschiedliche Ansichten über die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit von Geschäftsführungsentscheidungen und Überwachungsrechte des Geschenkgebers zum ständigen Zankapfel zwischen den Beteiligten werden und zu einem Zerwürfnis führen. Viele Eltern-Kind-Beziehungen sind deshalb angespannt, weil die Eltern das Kind zeitweilig als zu wenig tüchtig oder als hilfsbedürftig behandeln und dessen Fähigkeiten nicht erkennen oder zumindest nicht ehrlich anerkannt und gewürdigt haben. Statt eines Vertrauensvorschlusses einen „Misstrauensvorschluss“ zu geben, ist nicht hilfreich. Wer sein Vermögen zu Lebzeiten übertragen will, soll zuerst in sich gehen, ob er sich bei der lebzeitigen Schenkung wohlfühlt oder ob er Bedenken hat – hier ist durchaus das „Bauchgefühl“ gefragt. Im letzten Fall soll er von der Schenkung absehen, aber die Schenkung nicht mit tausend vertraglichen „Kautelen“ versehen und auf diese Weise die emotionale Ebene zusätzlich und nachhaltig belasten.

Man wird mich für diese klaren Worte schelten. Aber wie man in der Beratungspraxis erlebt, gibt es viele Eltern-Kind-Beziehungen, die angespannt oder gestört sind. Und hier liegt es vor allem an der menschlichen Größe der Eltern, die Emanzipation der Kinder zuzulassen, auf die Kinder zuzugehen und den Gordischen Knoten ihres persönlichen Konflikts aufzulösen und ihre Beziehung „auf neue Beine zu stellen“.

Als wichtige **Lebensweisheiten** sind im Zusammenhang mit Schenkungen zu nennen:

1. Wenn man ausreichend Vermögen besitzt, sollte man meines Erachtens die Kinder schon zu einem solchen Zeitpunkt finanziell unterstützen (zB durch Schenkung einer Eigentumswohnung oder finanzielle Starthilfe), dass sie bei Gründung einer Familie einen Nutzen daraus ziehen, damit sie das Vermögen – unter der Annahme, dass der Erblasser erst in hohem Alter verstirbt – nicht erst im Alter von vielleicht 55 oder 60 Jahren oder später im Erbweg erhalten, wenn die für die Entwicklung und Entfaltung ihrer Familie wichtige Phase schon mehr oder minder vorüber ist.
2. Umgekehrt handelt man durchaus klug, wenn man nicht sein gesamtes Vermögen zu früh verschenkt, sondern sich einen Teil seines Vermögens zurückbehält:
  - a) Solange man noch Vermögen besitzt, kann man sich im Alter Wohnung, Unterhalt, medizinische Behandlung und Betreuung aus eigener Kraft leisten, fällt niemandem zur Last und man ist dann auf die Unterstützung der Beschenkten nicht so sehr angewiesen.
  - b) Solange man noch Vermögen hat – es also „etwas zu erben gibt“ –, wird man sich eher einer guten, fürsorglichen Behandlung und Betreuung durch die Angehörigen sicher sein können, als wenn den Erben der „materielle Anreiz“ dafür fehlt, weil es schlicht nichts mehr zu erben gibt.