



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Privatstiftung und Scheidung“

Verfasserin

Mag. Daniela Christine SCHIESL-MÜLLER

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2012

Studienkennzahl lt.

A 083 101

Studienblatt:

Dissertationsgebiet lt.

Rechtswissenschaften

Studienblatt:

Betreuerin / Betreuer:

Univ.-Prof. Dr. Helmut OFNER, LL.M.

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Vorwort und Danksagung</b> .....	<b>VIII</b>
<b>I. Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>A. Allgemeines</b> .....	<b>1</b>
1. Begriff der Privatstiftung .....	2
2. Entwicklung und Bedeutung der Privatstiftung .....	2
3. Rechtsnatur der Privatstiftung .....	5
4. Stiftungszweck .....	5
5. Stiftungsgegenstand .....	6
<b>II. Privatstiftungsrecht</b> .....	<b>7</b>
<b>A. Errichtung und Entstehung einer Privatstiftung</b> .....	<b>7</b>
1. Die Stiftungserklärung .....	7
2. Eintragung in das Firmenbuch .....	8
<b>B. Stiftungsvermögen</b> .....	<b>9</b>
<b>C. Der Stifter</b> .....	<b>9</b>
1. Eignung und Rechtstellung des Stifters .....	9
2. Stiftungsgeschäftsfähigkeit .....	10
3. Stifterrechte .....	11
4. Nachstifter und Zustifter .....	13
<b>D. Stiftermehrheit</b> .....	<b>13</b>
<b>E. Organisation der Privatstiftung</b> .....	<b>14</b>
1. Allgemeines .....	14
2. Der Stiftungsvorstand .....	14
3. Der Stiftungsprüfer .....	16
4. Der Aufsichtsrat .....	16
5. Weitere Organe .....	17
<b>F. Der Begünstigte</b> .....	<b>17</b>
1. Eignung und Rechtstellung des Begünstigten .....	17
2. Letztbegünstigter .....	19
<b>G. Beendigung der Privatstiftung</b> .....	<b>20</b>
<b>III. Scheidungsrecht</b> .....	<b>21</b>
<b>A. Grundsätzliches zu den Scheidungsarten</b> .....	<b>21</b>
1. Scheidung wegen Verschuldens gem § 49 EheG .....	22

2.	Scheidung aus anderen Gründen gem §§ 50 – 52 EheG .....	23
2.1.	Auf geistiger Störung beruhendes Verhalten (§ 50 EheG) ....	24
2.2.	Geisteskrankheit (§ 51 EheG) .....	24
2.3.	Ansteckende oder ekelerregende Krankheit (§ 52 EheG) .....	24
2.4.	Vermeidung von Härten (§ 54 EheG) .....	25
3.	Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft gem § 55 EheG .....	25
4.	Scheidung im beiderseitigen Einvernehmen gem § 55a EheG .....	26
<b>B.</b>	<b>Rechtsfolgen der Scheidung .....</b>	<b>27</b>
1.	Namensrecht .....	27
2.	Obsorge der gemeinsamen Kinder .....	28
3.	Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse .....	29
3.1.	Anwendungsbereich .....	29
3.2.	Das der Aufteilung unterliegende Vermögen .....	30
3.3.	Die Ehewohnung .....	31
3.4.	Aufteilungsgrundsätze .....	32
3.4.1.	Allgemeines .....	33
3.4.2.	Gerichtliche Teilung .....	35
3.5.	Das der Aufteilung entzogene Vermögen .....	35
3.6.	Ausgleich von Benachteiligungen gem § 91 EheG .....	36
3.6.1.	Der § 91 Abs 1 EheG im Detail .....	37
3.6.1.1.	Vermögensverringerung.....	37
3.6.1.2.	Widerspruch zur Gestaltung der Lebens- verhältnisse .....	37
3.6.1.3.	Fehlende Zustimmung des anderen Ehe- gatten .....	38
3.6.1.4.	Berechnung des Beginns der Zwei-Jahres- Frist .....	39
3.6.2.	Der § 91 Abs 2 EheG im Detail .....	39
3.6.2.1.	Unternehmensbegriff .....	40
3.6.2.2.	Einvernehmen mit Ehegatten .....	40
<b>C.</b>	<b>Der Unterhaltanspruch des geschiedenen Ehegatten .....</b>	<b>41</b>
1.	Grundsätze des nahehelichen Unterhalts .....	41
2.	Unterhaltsbemessungsgrundlagen .....	42
2.1.	Einkommen des verpflichteten Ehegatten .....	42
2.2.	Potentielle Leistungsfähigkeit („Anspannungsgrundsatz“) .....	42

2.3.	Angemessenheit des Unterhalts .....	43
2.4.	Umstandsklausel .....	43
2.5.	Höhe des Unterhaltsanspruchs .....	44
3.	Der Unterhaltsberechtigte .....	45
4.	Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs .....	45
4.1.	Scheidung wegen Verschuldens gem § 49 EheG .....	45
4.2.	Scheidung aus anderen Gründen .....	46
4.3.	Scheidung gem § 55 EheG mit Schuldausspruch .....	47
4.4.	Scheidung gem § 55 EheG ohne Schuldausspruch .....	47
4.5.	Einvernehmliche Scheidung gem § 55a EheG .....	48
5.	Art der Unterhaltsgewährung .....	48
6.	Begrenzung und Wegfall des Anspruchs .....	48
<b>IV.</b>	<b>Privatstiftung und Scheidung .....</b>	<b>49</b>
<b>A.</b>	<b>Aufteilung bei Scheidung des Stifters .....</b>	<b>50</b>
1.	Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens sowie der ehelichen Ersparnisse .....	50
2.	Berücksichtigung der Privatstiftung bei der Aufteilung .....	50
2.1.	Grundlagen und Problematik .....	51
2.2.	Einbeziehung von Stifterrechten in das Aufteilungsverfahren? ...	51
2.2.1.	Literatur und Judikatur .....	51
3.	Stellungnahme und eigene Ansicht .....	54
4.	Zwischenergebnis .....	55
5.	Berücksichtigung der Vermögensverringerung nach § 91 Abs 1 oder Abs 2 EheG? .....	55
5.1.	Grundlagen und Problematik .....	55
5.2.	Anwendung des § 91 Abs 1 EheG f Privatstiftungen? .....	55
5.2.1.	Vermögensverringerung .....	55
5.2.2.	Widerspruch zur Gestaltung der Lebensverhältnisse .....	56
5.2.3.	Fehlende Zustimmung des anderen Ehegatten .....	56
5.2.4.	Berechnung des Beginns der Zwei-Jahres-Frist .....	57
5.2.5.	Literatur .....	57
5.2.6.	Stellungnahme und eigene Ansicht .....	61
5.2.7.	Zwischenergebnis .....	65
5.3.	Anwendung des § 91 Abs 2 EheG auf Privatstiftungen? .....	65
5.3.1.	Die Privatstiftung als Unternehmen?.....	65
5.3.2.	Einvernehmen der Ehegatten? .....	66
5.3.3.	Anwendbarkeit des § 91 Abs 2 EheG auf Privatstiftungen? ..	66

5.3.4.	Literatur .....	66
5.3.5.	Stellungnahme und eigene Ansicht .....	71
6.	Zwischenergebnis .....	74
7.	Einbeziehung welcher Werte in das Aufteilungsverfahren? .....	74
7.1.	Allgemeines .....	74
7.2.	Einbeziehung des „Wert des Fehlenden“ .....	74
7.2.1.	Bewertung und Aufteilungszeitpunkt .....	76
7.2.1.1.	Vorhandene Vermögenswerte und Wertveränderungen .....	76
7.2.1.2.	Veräußerte und eventuell reinvestierte Vermögenswerte .....	77
7.2.1.3.	Stellungnahme und eigene Ansicht .....	79
7.3.	Einbringung von ehelichen Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen in ein Unternehmen .....	81
7.3.1.	Die Ratio der Ausnahmen des § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG .....	81
7.4.	Einbringung von Unternehmen oder Unternehmensanteilen in eine Privatstiftung .....	82
7.4.1.	Motive des Stifters für die Einbringung .....	83
7.4.2.	Literatur .....	84
7.4.3.	Stellungnahme und eigene Ansicht .....	86
7.4.4.	Veräußerungserlös und Unternehmenserträge .....	89
7.4.4.1.	Literatur und Judikatur .....	90
7.4.4.2.	Stellungnahme und eigene Ansicht .....	94
7.4.5.	Probleme bei der Übertragung von Geschäftsanteilen an eine Privatstiftung .....	96
7.4.5.1	Minderjähriger Stifter .....	97
7.4.5.2	Insichgeschäft des Stiftungsvorstandes .....	97
7.4.5.3	Change-of-Control-Klauseln .....	98
7.4.5.4	Mietzinsanhebung nach § 12a MRG .....	99
7.5.	Leistungen der Stiftung an den Ehegatten .....	99
7.5.1.	Zuwendungen bis zur Auflösung der Ehe .....	100
7.5.2.	Berücksichtigung künftiger Zuwendungen? .....	101
8.	Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse .....	103
	<b>B. Nachehelicher Unterhalt bei Scheidung des Stifters / des Begünstigten ...</b>	<b>105</b>
1.	Unterhaltsbemessung und Privatstiftung .....	105
1.1.	Zuwendungen aus der Privatstiftung .....	105

1.1.1. Anwendbarkeit des Anspannungsgrundsatzes? .....	105
1.1.1.1. Literatur .....	105
1.1.1.2. Judikatur .....	111
1.1.1.3. Stellungnahme und eigene Ansicht .....	112
2. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse.....	117
<b>C. Auskunftspflichten der Privatstiftung bei Scheidung des Stifters .....</b>	<b>118</b>
1. Grundsätzliches zur Auskunftspflicht der Privatstiftung .....	118
1.1. Begünstigtenstellung als (materiellrechtliche) Voraussetzung für den Auskunftsanspruch .....	119
1.1.1. Kreis der Begünstigten iSd § 30 PSG.....	119
1.1.1.1. Literatur .....	120
1.1.1.2. Stellungnahme und eigene Ansicht .....	125
1.1.1.3. Zwischenergebnis .....	128
1.2. Inhalt und Umfang der Auskünfte.....	129
1.3. Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsverlangen der Begünstigten .....	130
2. Auskunftspflicht der Privatstiftung im Unterhaltsrecht .....	134
2.1. Auskunftspflicht im Verfahren wegen Kindesunterhalt .....	134
2.1.1. Die OGH Entscheidung 10 Ob 46/08z .....	134
2.1.2. Durchsetzung der Auskunftspflicht .....	136
2.2. Auskunftspflicht im Verfahren wegen Ehegattenunterhalt .....	139
2.2.1. Die OGH Entscheidung 10 Ob 47/07w .....	139
2.2.1.1. Auskunftspflicht des Ehegatten gem Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO .....	140
2.2.1.2. Auskunftspflicht der Privatstiftung gem Art XLII Abs 1 Fall 2 EGZPO .....	141
2.2.2. Durchsetzung der Auskunftspflicht nach Art XLII EGZPO....	143
3. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse .....	143
<b>V. Exkurs : Die Familienstiftung (Versorgungsstiftung) .....</b>	<b>144</b>
<b>A. Errichtung einer Familienstiftung .....</b>	<b>145</b>
<b>B. Die Familienstiftung mit unternehmerischer Verantwortung .....</b>	<b>145</b>
1. Generationswechsel im Unternehmen .....	145
1.1. Zusammenhalt und Fortbestand des Unternehmens .....	145
1.2. Professionelle Geschäftsführung .....	146
2. Absicherung des Vermögens .....	146
3. Absicherung des Familieneinflusses .....	147

<b>C. Beendigung und Auflösung der Familienstiftung .....</b>	<b>148</b>
<b>VI. Zusammenfassung .....</b>	<b>148</b>
<b>VII. Schlusswort .....</b>	<b>153</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>154</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>158</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>162</b>
<b>Curriculum Vitae .....</b>	<b>163</b>

## VORWORT und DANKSAGUNG

Die Abhaltung eines Dreiländerseminars durch die Abteilung für Rechtsvergleichung, Einheitsrecht und IPR des Juridicum Wien<sup>1</sup> gemeinsam mit Vertretern aus Deutschland und der Schweiz zum Thema „*Stiftungsrecht*“ im Juni 2007 weckte mein Interesse für das Stiftungsrecht und insbesondere das Privatstiftungsrecht.

Da *Limberg*<sup>2</sup> bereits zum Thema „*Privatstiftung und Erbrecht*“ erfolgreich dissertiert hatte, war ich bestrebt nunmehr die familienrechtlichen Aspekte bei Vorhandensein einer Privatstiftung zu beleuchten und so wurde – Dank Herrn *Dr. Clemens Limberg, LL.M.*- mein Thema „*Privatstiftung und Scheidung*“ geboren. Seine Anregungen und Hinweise legten den Grundstein für meine Arbeit.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich meinem Doktorvater, *Herrn Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M.*. Er hat ohne zu zögern diesem spannenden Thema zugestimmt und stand mir während des Doktoratsstudiums mit Rat und Hilfe jederzeit zur Seite. Herzlichen Dank für seine wertvollen Anregungen und sein Engagement!

*Herrn Univ.-Prof. DDr. Arthur Weilingner* danke ich ebenfalls auf das Herzlichste. Er hat bereitwillig der Erstellung des Zweitgutachtens zugestimmt.

Weiters gebührt mein Dank *Frau RA Dr. Isabelle Dessulemoustier-Bovekercke*, meine „juristische Ziehmutter“, die mir bereits während des Diplomstudiums Mut machte und immer an mich glaubte. Vielen Dank für ihr Vertrauen in mich.

Unterstützt hat mich ebenfalls *Herr RA Dr. Robert Zauchinger, LL.M.*, nicht nur durch Überlassung seiner Kanzleiinfrastruktur in der Zeit der Einarbeitung der letzten Erkenntnisquellen, sondern auch durch zahlreiche Gespräche und Hinweise, auch abseits des Dissertationsthemas. Vielen Dank!

*Herr Univ.-Prof. Dr. Johannes Zollner* hat mich in der Endphase va bei der Verfassung des letzten Kapitels tatkräftig durch eine Vielzahl von Hinweisen unterstützt. Für seine wichtigen Anregungen und die uneingeschränkte Hilfsbereitschaft bin ich ihm sehr verbunden.

Großer Dank gebührt meinem Ehemann, *Herrn Stefan Müller*, der sich nicht nur während meines Doktoratsstudiums in Geduld übte und mich so manchen Abend entbehren musste.

Abschließend danke ich jenen beiden Menschen, die mir dieses Studium überhaupt erst ermöglichten: meinen Eltern.

Ohne Eure Hilfe und Fürsorge wäre dieser, mein Lebensweg nicht möglich gewesen.

Ich danke Euch von Herzen!

Bisamberg, im Dezember 2010

Daniela Christine Schiesl-Müller

---

<sup>1</sup> Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung, Abteilung für Rechtsvergleichung, Einheitsrecht und IPR; Institutsvorstand Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M.

<sup>2</sup> *Limberg*, *Privatstiftung und Erbrecht* (2006).

## I. Einleitung

Im Jahr 1993 wurde in Österreich durch das Privatstiftungsgesetz<sup>3</sup> die neue Rechtsform der Privatstiftung geschaffen. Seit dem ist die Privatstiftung aus dem österreichischen Rechts- und Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, wie sich eine Scheidung des Stifters auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten auswirkt. Das Kernstück bildet dabei die Untersuchung der Frage, ob der Stifter das aufzuteilende Vermögen schmälern und dadurch den Ehegatten benachteiligen kann, indem er in Hinblick auf eine bevorstehende Scheidung, Auflösung oder Nichtigerklärung der Ehe eheliches Gebrauchsvermögen und eheliche Ersparnisse einer (von ihm errichteten) Privatstiftung widmet und somit „vermögenslos“ wird.

Der zweite große Problemkreis dieser Arbeit behandelt unterhaltsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Scheidung eines Stifters, denn auch diesfalls könnte der Stifter versuchen durch bewusste Vermögensverringerung Unterhaltsansprüche seines Ehegatten zu vereiteln.

Die zahlreichen Abhandlungen<sup>4</sup> zum Aufteilungsanspruch bei Scheidung des Stifters zeigen, dass auch viele Jahre nach Einführung des PSG diese Thematik nach wie vor von großer Bedeutung ist.

Nicht zuletzt aus Anlass des nunmehr siebzehnjährigen Bestehens des PSG und dessen zahlreicher Novellierungen im Laufe der Jahre, soll diese Arbeit oben genannte Fragen behandeln und einer Lösung zuführen.

### A. Allgemeines

Vor der Analyse der Themen und um dem Leser den Einstieg in das Privatstiftungsrecht zu erleichtern, wird zunächst die Entwicklung und Bedeutung, sowie Rechtsnatur der Privatstiftung näher erörtert.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> BGBl 1993/694, im Folgenden PSG.

<sup>4</sup> Siehe etwa *Grave*, Die Privatstiftung aus rechtlicher Sicht – ein Erfahrungsbericht, in *Tinti/Umdasch/Marenzi* (Hrsg), *Sorgfalt und Verantwortung* (1996), 13 ff (insbesondere 17 f); *Csoklich*, Privatstiftung und Scheidung, RdW 2000, 402; *B. Jud*, Die Privatstiftung in der Vermögensaufteilung bei Scheidung des Stifters, GesRZ 2007, 289; *Linder*, Das Unternehmen in der Ehescheidung zwischen Ehe- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 7; *Csoklich*, Aufteilungsanspruch bei Scheidung des Stifters in *Eiselsberg* (Hrsg), *Jahrbuch Stiftungsrecht 2008* (2008), 139 (140); *N. Arnold*, Kommentar zum Privatstiftungsgesetz<sup>2</sup> (2007) Einleitung Rz 29.

<sup>5</sup> In Bezug auf bessere Lesbarkeit werden geschlechterspezifische Bezeichnungen nur in ihrer männlichen Form ausgeführt. Alle genannten Begriffe sind selbstverständlich gleichermaßen auf männliche wie auf weibliche Personen bezogen.

## 1. Begriff der Privatstiftung

Das PSG spricht durchwegs von *Privatstiftung*. Dadurch grenzt der Gesetzgeber die Privatstiftungen iSd PSG klar von Stiftungen beruhend auf anderen Rechtsgrundlagen ab.<sup>6</sup>

Nicht unter den Begriff „*Privatstiftung*“ fallen daher etwa Stiftungen nach dem Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz<sup>7</sup>, nach landesgesetzlichen Bestimmungen<sup>8</sup> bzw nach kanonischem Recht errichtete Stiftungen, ausländische Stiftungen oder sondergesetzlich<sup>9</sup> geschaffene Stiftungen.<sup>10</sup>

Soweit in anderen Rechtsbereichen, insbesondere im Abgabenrecht, allgemein von „*Stiftungen*“ die Rede ist, handelt es sich dabei um einen Über- oder Sammelbegriff für sämtliche Stiftungsarten. Auch eine Privatstiftung ist daher, soweit sich aus einer Legaldefinition, dem Konnex oder der Auslegung nichts anderes ergibt, unter dem Begriff der Stiftung zu subsumieren.<sup>11</sup>

Wenn im Folgenden nur die „*Stiftung*“ erwähnt wird, so ist ausschließlich die Privatstiftung gemeint und nicht die Stiftung nach dem BStFG, außer dieses Gesetz wird ausdrücklich erwähnt.

## 2. Entwicklung und Bedeutung der Privatstiftung

Das Rechtsinstitut der Privatstiftung gibt es in Österreich erst seit Mitte der Neunzigerjahre. Erst 1993 erließ der österreichische Gesetzgeber das sog *Privatstiftungsgesetz* (PSG), das eine neue Rechtsform ins Leben rief, nämlich die Privatstiftung. Diese stellt in Österreich seit damals die ideale Rechtsform dar, um eine Stiftung etwa zum Wohle der Familie des Stifters zu realisieren.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> N. Arnold, PSG § 1 Rz 2a.

<sup>7</sup> BGBl 1975/11, im Folgenden BStFG.

<sup>8</sup> Stiftungen und Fonds, die ihrem Zweck nach nicht über den Interessenbereich eines Bundeslandes hinausgehen oder Stiftungen, die bereits vor dem 1. Oktober 1925 von den Ländern autonom verwaltet wurden, unterliegen Landesrecht (Art 10 Abs 1 Z 13 B-VG, § 1 BStFG); Burgenländisches Stiftungs- und Fondsgesetz, LGBl 1995/37; Kärntner Stiftungs- und Fondsgesetz, LGBl 1984/27; Oberösterreichisches Stiftungs- und Fondsgesetz, LGBl 1988/31; Niederösterreichisches Landes-Stiftungs- und Fondsgesetz, LGBl 4700/00, 92/76; Steiermärkisches Stiftungs- und Fondsgesetz, LGBl 1988/69;

Wiener Landes-Stiftungs- und Fondsgesetz, LGBl 1988/14; Salzburger Stiftungs- und Fondsgesetz, LGBl 1976/70; Tiroler Stiftungs- und Fondsgesetz, LGBl 1977/34; Gesetz über Stiftungen und Fonds im Landes Vorarlberg, LGBl 1947/10.

<sup>9</sup> So wurde etwa die Stiftung „*Österreichischer Rundfunk*“ durch BGBl I 2001/83 errichtet.

<sup>10</sup> N. Arnold, PSG Einl Rz 8.

<sup>11</sup> N. Arnold, PSG § 1 Rz 2c.

<sup>12</sup> Schurr in Czernich/Guggenberger/Schwarz, ua (Hrsg.), Handbuch des österreichischen Familienunternehmens (2005) 272; zur Familienstiftung siehe weiter unten Punkt V. Exkurs: *Die Familienstiftung (Versorgungsstiftung)*.

Davor musste auf Modelle anderer Rechtsordnungen zurückgegriffen werden, um eine Privatstiftung gründen zu können, was die Abwanderung österreichischen Vermögens ins Ausland (etwa nach Liechtenstein) zur Folge hatte.<sup>13</sup>

Am 14.10.1993 wurde daher mit BGBl 1993/694 das *Privatstiftungsgesetz* kundgemacht, welches (rückwirkend) mit 1.9.1993 in Kraft trat (Art XI Abs 1 PSG).

Vor diesem Zeitpunkt konnten in Österreich lediglich gemeinnützige oder mildtätige Stiftungen nach dem Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz<sup>14</sup> oder den og<sup>15</sup> anderen gesetzlichen Bestimmungen errichtet werden. Dies führte zu dem Phänomen des Abflusses inländischen Vermögens in ausländische Stiftungen, worauf der Gesetzgeber letztendlich mit der Erlassung des PSG reagierte, um einen – wie in den Materialien<sup>16</sup> befürchteten – weiteren Vermögensabfluss hintanzuhalten.<sup>17</sup>

Die dadurch geschaffene Möglichkeit Stiftungen auch zu eigennützigen Zwecken gründen zu können wurde von zahlreichen Personen wahrgenommen, was nicht zuletzt auf die steuerliche Attraktivität einer Privatstiftung zurückzuführen war.

Das Rechtsinstitut könnte jedoch durch die beiden Erkenntnisse des VfGH<sup>18</sup> aus dem Jahr 2007, in welchen dieser zunächst die Verfassungswidrigkeit der in Österreich geltenden Erbschaftssteuer und danach auch der Schenkungssteuer ausgesprochen hat, an Attraktivität einbüßen, da nunmehr die Errichtung einer Privatstiftung zwecks Vermeidung der Versteuerung des Vermögens nicht mehr nötig erscheint.

Denn durch das außer Kraft treten des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes<sup>19</sup> mit Wirkung zum 31.07.2008 fiel einer der wichtigsten, wenn nicht der bedeutendste Grund für die Errichtung einer Privatstiftung, nämlich der steuerliche, weg. Bislang wurde eine Privatstiftung ua auch deshalb gegründet, um später der hohen Erbschaftssteuer zu entkommen, die bei nahen Angehörigen bis zu 15 % betragen konnte. Zuwendungen an

---

<sup>13</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP 15, Vorblatt; siehe auch *Doralt*, Steuerrecht 2010/11<sup>12</sup> (2010) Rz 225.

<sup>14</sup> BGBl 1975/11, im Folgenden BStFG.

<sup>15</sup> Siehe oben Punkt I.A.1. *Begriff der Privatstiftung*.

<sup>16</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP 15: „Andere Länder, wie etwa Deutschland, die Schweiz und Liechtenstein haben mit einem liberalen Stiftungsrecht gute Erfahrungen gemacht. Besonders in liechtensteinische Stiftungen wird viel ausländisches – auch österreichisches – Vermögen eingebracht. [...] Mit einem bedarfsgerechten Stiftungsrecht könnte nicht nur der Vermögensabfluss hintangehalten werden, sondern im Hinblick auf das im übrigen Österreich günstige Umfeld (...) sogar ein Anreiz geschaffen werden, ausländisches Vermögen in österreichische Stiftungen einzubringen. So kann das Stiftungsrecht zu einem Mittel der Stärkung des inländischen Kapitalmarkts werden.“; vgl auch *N. Arnold*, PSG Einl Rz 4.

<sup>17</sup> *Limberg*, Privatstiftung und Erbrecht (2006) 3.

<sup>18</sup> VfGH Erkenntnis vom 7. März 2007, G54/06 ua., sowie VfGH Erkenntnis vom 15. Juni 2007, G 23/07; siehe auch BGBl I 2007/9 und BGBl I 2007/39.

<sup>19</sup> Bundesgesetz vom 30. Juni 1955, betreffend die Erhebung einer Erbschafts- und Schenkungssteuer (Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz 1955), im Folgenden ErbStG, BGBl 1955/141.

Privatstiftungen unterlagen bis 31.07.2008 der Erbschafts- und Schenkungssteuer in Höhe von idR 5% des eingebrachten Vermögenswertes.<sup>20</sup>

Am 6.06.2008 hat der Nationalrat das neue Stiftungseingangssteuergesetz<sup>21</sup> beschlossen. Danach werden Zuwendungen an österreichische Privatstiftungen auch nach dem Wegfall des ErbSchStG weiter besteuert. Das neue StiftEG trat am 1.08.2008 in Kraft und ist für das Rechtsinstitut der österreichischen Privatstiftung von wesentlicher Bedeutung, da es die Besteuerung von Vermögen regelt, das ein Stifter einer Privatstiftung zuwendet.<sup>22</sup>

Nach dem StiftEG unterliegen Zuwendungen an Privatstiftungen nunmehr einer Stiftungseingangssteuer von 2,5% des Wertes der Zuwendung<sup>23</sup>. Bei Zuwendungen von inländischen Grundstücken erhöht sich die Steuer um 3,5 % vom Wert des zugewendeten Grundstücks.<sup>24</sup> Bei Entnahme aus der Privatstiftung fallen 25 % KEST an.<sup>25</sup>

Die Beibehaltung der Besteuerung von Zuwendungen an österreichische Privatstiftungen im StiftEG 2008 – wenn auch mit einem geringeren Steuersatz von 2,5% - ist nicht gänzlich unbeachtlich, da die steuerliche Attraktivität der Privatstiftung ua mit der hohen ErbSt für „Private“ verknüpft war. Aufgrund des Wegfalls der ErbSt bei vererbtem und verschenktem Vermögen an Privatpersonen, fällt nunmehr keine steuerliche Belastung mehr an. Hingegen verliert das Vermögen über den Stiftungsweg wegen der Stiftungseingangssteuer 2,5 % des gestifteten Wertes und bei der Zuwendung an Begünstigte die bereits soeben erwähnten 25% an KEST.<sup>26</sup>

Es bleibt nunmehr abzuwarten, ob und bejahendenfalls wie sich die nunmehr geringere steuerliche Attraktivität der österreichischen Privatstiftung im Wirtschaftsleben auswirken wird.

Zum Stichtag 30.11.2010 waren jedenfalls in Österreich rund 3.300<sup>27</sup> Privatstiftungen mit einem geschätzten Gesamtvermögen von etwa 50 Mrd Euro<sup>28</sup> im Firmenbuch eingetragen.

---

<sup>20</sup> Bertl/Kofler, Die Behandlung der eigennützigen Privatstiftung im Ertragsteuerrecht, JAP 2005/2006/18.

<sup>21</sup> Im Folgenden StiftEG, BGBl I 2008/85; das StiftEG wird als Art 7 des neuen Schenkungsmeldegengesetzes 2008 (SchenkMG 2008) geregelt.

<sup>22</sup> Kerres/Proell, Die neuen gesetzlichen Regelungen zur Stiftungseingangssteuer in Österreich, ecolex 2008, 567.

<sup>23</sup> Vgl § 2 StiftEG; Doralt, Steuerrecht 2010/11, Rz 225.

<sup>24</sup> Doralt, Steuerrecht, Rz 225.

<sup>25</sup> Lechner, Die Privatstiftung als Instrument der Steueroptimierung, ecolex 1993, 771.

<sup>26</sup> Kerres/Proell, ecolex 2008, 570.

<sup>27</sup> Laut Anfrage beim Bundesministerium für Justiz.

<sup>28</sup> Ende August 2009; <http://www.privatstiftung.info>; Kodek/Ludwig/Zollner (Hrsg), Die Privatstiftung – nationales und internationales Stiftungsrecht, 1. Jahrgang 2009, 1.

### 3. Rechtsnatur der Privatstiftung

Das Hauptmotiv für die Gründung einer Privatstiftung ist sicherlich, das Vermögen über die Generationsfolge hinaus zu erhalten, das oft das Lebenswerk einer Person oder einer Familie darstellt. Denn durch Einbringen des Vermögens in eine Privatstiftung werden Erbstreitigkeiten oder die Zersplitterung des Vermögens von vornherein ausgeschaltet.

Weiters von Bedeutung sind – wie eingangs erwähnt – die mit der Privatstiftung verbundenen steuerlichen Begünstigungen.<sup>29</sup>

Die Privatstiftung ist gem § 1 Abs 1 PSG ein Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung der Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zwecks zu dienen. Sie genießt Rechtspersönlichkeit und muss ihren Sitz im Inland, also in Österreich haben.<sup>30</sup>

Weiters ist die Privatstiftung eine Rechtsform *sui generis*. Sie ist eine juristische Person,<sup>31</sup> die daher rechts- und parteifähig ist, aber weder einen Eigentümer noch Mitglieder oder Gesellschafter hat, weshalb sie oft als „*eigentümerloses Vermögen*“<sup>32</sup> bezeichnet wird.<sup>33</sup>

Das PSG unterscheidet nicht deutlich zwischen dem Zweck der Privatstiftung und deren Geschäftsgegenstand.<sup>34</sup>

### 4. Stiftungszweck

Die Privatstiftung muss einen sog Stiftungszweck<sup>35</sup> erfüllen, der unabdingbare Voraussetzung einer Privatstiftung ist. Möglicher Stiftungszweck ist etwa die „*Förderung der Informationstechnologie und der Medizin*“.<sup>36</sup>

Eine Privatstiftung ohne Stiftungszweck wäre ebenso unzulässig,<sup>37</sup> wie die sog *Selbstzweckstiftung*.<sup>38</sup>

---

<sup>29</sup> Lechner, *ecolex* 1993, 771.

<sup>30</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), *Privatstiftungsgesetz (PSG) (1995)* § 1 Rz 1.

<sup>31</sup> N. Arnold, *PSG* § 1 Rz 5; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, *PSG* § 1 Rz 2.

<sup>32</sup> N. Arnold, *PSG* § 4 Rz 3; Fries, *ecolex-Checklist: Privatstiftungsgesetz*, *ecolex* 1993, 752.

<sup>33</sup> Limberg, *Privatstiftung und Erbrecht*, 5.

<sup>34</sup> Csoklich, *Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung* in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), *Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994)* 13 (16).

<sup>35</sup> Siehe zum Begriff Stiftungszweck ausführlich Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, *PSG* § 1 Rz 17.

<sup>36</sup> [www.karpa-privatstiftung.org](http://www.karpa-privatstiftung.org)

<sup>37</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, *HBzPSG* 14 (17); N. Arnold, *PSG* § 1 Rz 11.

<sup>38</sup> Darunter sind Stiftungen zu verstehen, deren einziger Zweck darin besteht sich selbst, dh das eigene Vermögen zu verwalten: siehe N. Arnold, *PSG* § 1 Rz 13; Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, *HBzPSG* 14; Böhler, *Unternehmensstiftung – Selbstzweckstiftung?* *GesRZ* 1992, 187 (194); Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, *PSG* § 1 Rz 34; Fries, *ecolex* 1993, 752.

In der Stiftungserklärung muss der Stiftungszweck genau bezeichnet werden. Der Zweck ist so zu umschreiben, dass die Stiftungsorgane darin Anhaltspunkte für ihre Tätigkeiten finden.<sup>39</sup>

Die Stiftung kann sohin beliebiger Zwecke dienstbar gemacht werden, deren alleinige Grenze die „*Erlaubtheit*“ bildet. Welche Zwecke erlaubt oder unerlaubt sind, regelt das PSG nicht ausdrücklich. Eine Grenze finden die zulässigen Stiftungszwecke deshalb nur in der allgemeinen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB, Verbotsgesetz, oä)<sup>40</sup> und – nach hA<sup>41</sup> – im Verbot von Stiftungen, deren Zwecksetzung sich darin erschöpft, Vermögen innerhalb der Stiftung zu akkumulieren, dh die bereits oben erwähnten Selbstzweckstiftungen.

## 5. Stiftungsgegenstand

Vom Stiftungszweck ist der Gegenstand der Privatstiftung zu unterscheiden.<sup>42</sup> Dieser umschreibt die Tätigkeiten der Privatstiftung, mit welchen der Stiftungszweck erreicht bzw mit denen die für die Zweckverfolgung notwendigen Mittel beschafft und zur Verfügung gestellt werden sollen.<sup>43</sup> Dieser wird generell in § 1 Abs 1 PSG mit „*Nutzung, Verwaltung und Verwertung des gewidmeten Vermögens*“ umschrieben.<sup>44</sup>

In § 1 Abs 2 nennt das PSG explizit all jene Tätigkeiten, die die Stiftung nicht ausüben darf.

So darf die Privatstiftung nicht

- eine gewerbsmäßige Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben,
- die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen, sowie
- unbeschränkt haftender Gesellschafter einer eingetragenen Personengesellschaft<sup>45</sup> sein.

---

<sup>39</sup> Bruckner/Fries/Fries, Die Familienstiftung im Zivil-, Steuer- und Handelsrecht (1994) 55; N. Arnold, PSG § 5 Rz 7.

<sup>40</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 19.

<sup>41</sup> Schauer, Familienstiftung und Unwürdigkeit des Begünstigten als Problem des Privatstiftungsrechts, GesRZ 2000, 233; Böhler, Unternehmensstiftung – Selbstzweckstiftung, GesRZ 1992, 187 (191 f); Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, § 1 Rz 33 ff.

<sup>42</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 1 Rz 42.

<sup>43</sup> Schurr in Czernich/Guggenberger/Schwarz, HB Familienunternehmen, 279; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 1 Rz 42; Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 19.

<sup>44</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 19.

<sup>45</sup> Siehe auch dazu Eiselsberg, Stiftung und Unternehmen, ecolx-Skript 2007/36 (3).

Der Grund dafür kann darin gesehen werden, dass hinter der Privatstiftung als juristische Person keine Eigentümer stehen, da es sich ja um ein eigentümerloses Gebilde handelt und demnach niemand persönlich das Risiko ihrer Tätigkeiten trägt.<sup>46</sup>

## II. Privatstiftungsrecht

### A. Errichtung und Entstehung einer Privatstiftung

Wie bei Kapitalgesellschaften unterscheidet auch das PSG die Errichtung von der Entstehung einer Privatstiftung.<sup>47</sup>

Die Privatstiftung wird durch eine *Stiftungserklärung* errichtet, durch die zunächst lediglich eine sog *Vorstiftung*<sup>48</sup>, dh ein rechts- und parteifähiger Rechtsträger sui generis, entsteht.<sup>49</sup>

Erst mit Eintragung in das Firmenbuch entsteht letztendlich die Stiftung, wodurch der Eintragung konstitutive Wirkung zukommt.<sup>50</sup> Bei der Errichtung der Stiftungserklärung handelt es sich um ein einseitiges nicht empfangs- oder annahmebedürftiges Rechtsgeschäft und zwar auch dann, wenn mehrere Stifter gemeinsam<sup>51</sup> eine Privatstiftung errichten.<sup>52</sup> Für Handlungen im Namen der Privatstiftung vor der Eintragung in das Firmenbuch haften die Handelnden zur ungeteilten Hand (§ 7 Abs 2 PSG; sog Handelndenhaftung), sodass diese Bestimmung den § 34 Abs 1 AktG und § 2 Abs 1 GmbHG nachempfunden wurde.<sup>53</sup>

#### 1. Die Stiftungserklärung

Die sog *Stiftungserklärung* bildet daher die Grundlage der Privatstiftung und kann wirksam nur in der Form des Notariatsaktes errichtet werden.<sup>54</sup> Oben<sup>55</sup> wurde bereits auf die

---

<sup>46</sup> Schurr in Czernich/Guggenberger/Schwarz, HB Familienunternehmen, 275; vgl auch Kalss in Doralt/ Nowotny/ Kalss, PSG § 1 Rz 64 hinsichtlich der Begründung des Verbots der persönlichen (seit 1.1.2007 durch HaRÄG BGBl I 2005/120 „unbeschränkten“) Haftung der Stiftung; N. Arnold, PSG § 1 Rz 18; EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 1 Abs 2.

<sup>47</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 49; N. Arnold, PSG § 1 Rz 3.

<sup>48</sup> Pittl, Errichtung und Entstehung von Privatstiftungen, NZ 2000, 257; N. Arnold, PSG § 1 Rz 3, § 7 Rz 5.

<sup>49</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 1 Rz 12.

<sup>50</sup> Schurr in Czernich/Guggenberger/Schwarz, HB Familienunternehmen, 272; N. Arnold, PSG § 7 Rz 17.

<sup>51</sup> Sog Stiftermehrheit, denn eine Privatstiftung unter Lebenden kann von einem oder mehreren Stiftern errichtet werden, N. Arnold, PSG § 3 Rz 35; siehe weiter unten Punkt II.D. *Stiftermehrheit*.

<sup>52</sup> N. Arnold, PSG § 7 Rz 3.

<sup>53</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 7 Abs 2; N. Arnold, PSG § 7 Rz 9.

<sup>54</sup> Pittl, NZ 2000, 257; Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 28; vgl auch § 33 PSG, der Angaben hins der Änderung der Stiftungserklärung enthält.

<sup>55</sup> Siehe oben Punkt II.A. Errichtung und Entstehung einer Privatstiftung

Eigenschaft eines einseitiges Rechtsgeschäftes, das auf die Entstehung der Stiftung gerichtet ist und nur einer Willenserklärung des Stifters bedarf, hingewiesen<sup>56</sup>

Die Stiftungserklärung hat jedenfalls (obligatorisch) zu enthalten (§ 9 PSG):

- Widmung des Vermögens
- Stiftungszweck
- Bezeichnung des Begünstigten oder eine Stelle zur Feststellung des Begünstigten
- Name und Sitz der Privatstiftung
- Name, Geburtsdatum (Firmenbuchnummer), Anschrift des Stifters
- Angabe über die Zeitdauer des Bestands der Stiftung.

Fehlt einer dieser Punkte in der Stiftungserklärung oder ist eine der Angaben unvollständig, liegt ein Eintragungshindernis vor, sodass die Privatstiftung eben nicht in das Firmenbuch eingetragen werden darf<sup>57</sup> und daher nicht entstehen kann.<sup>58</sup>

Zu beachten ist, dass die Stiftungserklärung jedenfalls aus der Stiftungsurkunde mit dem oben zwingenden „*Mindestinhalt*“ (§ 9 Abs 1 PSG) und fakultativ aus der geheimen (nicht dem Firmenbuchgericht vorzulegenden) Stiftungszusatzurkunde besteht, wobei in Letztgenannte Inhalte gem § 9 Abs 2 PSG<sup>59</sup> (zB Regelungen über die Bestellung, Abberufung, Funktionsdauer und Vertretungsbefugnis des Stiftungsvorstands und des Stiftungsprüfers, Regelungen über die Änderung der Stiftungserklärung udgl) aufgenommen werden dürfen.<sup>60</sup>

## 2. Eintragung in das Firmenbuch

Mit der Eintragung in das Firmenbuch entsteht die Privatstiftung (§ 7 Abs 1 2. Halbsatz PSG) als juristische Person. In diesem Zeitpunkt endet die Vorstiftung.<sup>61</sup>

Die Organe der Vorstiftung werden automatisch Organe der Privatstiftung, ohne dass es eines weiteren Bestellsaktes bedarf.<sup>62</sup>

Rechte und Pflichten der Vorstiftung gehen auf die Privatstiftung über,<sup>63</sup> sodass daher die Privatstiftung die Vorstiftung zumindest im Wege der Gesamtrechtsnachfolge fortführt.

---

<sup>56</sup> Pittl, NZ 2000, 257; vgl weiter Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 28ff.

<sup>57</sup> N. Arnold, PSG § 9 Rz 3; weiterführend zur Stiftungserklärung Hochedlinger, Zum Inhalt von Stiftungserklärungen, Ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung jüngster Judikatur, GeS 2006, 351.

<sup>58</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 30.

<sup>59</sup> § 9 Abs 2 PSG zählt demonstrativ einige in der Praxis häufig vorkommende zusätzliche Bestimmungen auf; Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 30.

<sup>60</sup> Siehe § 10 Abs 2 PSG.

<sup>61</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 52; N. Arnold, PSG § 7 Rz 17.

<sup>62</sup> N. Arnold, PSG § 7 Rz 18.

Einer Genehmigung, etwa durch den Stiftungsvorstand der Privatstiftung, bedarf der Übergang der Rechte und Pflichten nicht.<sup>64</sup>

## B. Stiftungsvermögen

Gem § 4 PSG hat der Stifter der Privatstiftung ein Mindestvermögen im Wert von EUR 70.000,00 zu widmen. Dies deshalb, um Missbräuchen vorzubeugen<sup>65</sup> bzw eine Eintrittsschwelle überwinden zu müssen.<sup>66</sup>

Das Stiftungsvermögen<sup>67</sup> wird vom Stifter auf die Stiftung übertragen und ist ab diesem Zeitpunkt vom (Rest-) Vermögen des Stifters losgelöst.<sup>68</sup>

Wie jede Stiftung basiert auch die Privatstiftung auf der Überlegung, dass ein bestimmter vom Stifter festgesetzter Zweck mit einem eigentümerlosen Vermögen dauerhafter und zielstrebig verwirklicht werden kann, als mit einem dem Zugriff des Stifters bzw seiner Rechtsnachfolger offenen Vermögen.<sup>69</sup>

## C. Der Stifter

### 1. Eignung und Rechtstellung des Stifters

Wenn von „*dem Stifter*“ gesprochen wird, so ist grundsätzlich auch die Pluralform gemeint, da die Privatstiftung unter Lebenden auch von mehreren Personen errichtet werden kann.<sup>70</sup> Dabei bringt das Gesetz deutlich zum Ausdruck, dass als Stifter alle natürlichen und juristischen Personen in Frage kommen (§ 3 Abs 1 PSG). Dabei ist zu beachten, dass die Materialien<sup>71</sup> Personenhandelsgesellschaften und Erwerbsgesellschaften (nunmehr Personengesellschaften) von der Stifterstellung nicht ausschließen.<sup>72</sup>

§ 3 Abs 1 PSG ist daher richtigerweise ergänzend zu lesen, als Stifter einer Privatstiftung unter Lebenden ein oder mehrere in- oder ausländische, zumindest teilrechtsfähige Rechtsträger öffentlichen oder privaten Rechts sein können.<sup>73</sup>

---

<sup>63</sup> Pittl, NZ 2000, 257.

<sup>64</sup> N. Arnold, PSG § 7 Rz 19.

<sup>65</sup> Knirsch, Grundzüge des neuen Privatstiftungsrechts, eolex 1993, 729 (730); N. Arnold, PSG § 4 Rz 2.

<sup>66</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG, 42; N. Arnold, PSG § 4 Rz 2

<sup>67</sup> Siehe allgemein zum Stiftungsvermögen Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 1 Rz 13 f.

<sup>68</sup> Schurr in Czernich/Guggenberger/Schwarz, HB Familienunternehmen, 277.

<sup>69</sup> Schurr in Czernich/Guggenberger/Schwarz, HB Familienunternehmen, 280

<sup>70</sup> Im Gegensatz zu der Privatstiftung von Todes wegen, die gem § 3 Abs 1 zweiter Satz nur einen Stifter haben kann.

<sup>71</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 3.

<sup>72</sup> Siehe auch N. Arnold, PSG § 3 Rz 16.

<sup>73</sup> N. Arnold, PSG § 3 Rz 16.

Wie jedoch die Stellung des Stifters genau erlangt wird, regelt das PSG, trotz der Überschrift „*Stifter, Zustiftung*“ des § 3, nicht ausdrücklich, doch ist davon auszugehen, dass jene Personen, die bei Errichtung der Stiftungsurkunde mit dem entsprechenden Willen mitwirken, diese erhalten.<sup>74</sup>

Um Stifterstellung zu erlangen ist letztendlich eine Vermögenswidmung an die Stiftung nicht zwingend notwendig. Wird die Privatstiftung von mehreren Personen errichtet genügt es, dass ein Stifter Vermögen widmet.<sup>75</sup>

## 2. Stiftungsgeschäftsfähigkeit

Die Errichtung der Stiftungserklärung ist und bleibt ein einseitiges Rechtsgeschäft, auch wenn mehrere Stifter gemeinsam eine Privatstiftung errichten<sup>76</sup> und setzt daher die Abgabe der Stiftungserklärung die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Stifters voraus.<sup>77</sup>

Ist daher der Stifter lediglich beschränkt geschäftsfähig, weil es sich beim potentiellen Stifter zB um eine minderjährige Person handelt, ist die Stiftungserklärung zunächst schwebend unwirksam.<sup>78</sup>

Sie kann jedoch durch formgerechte Genehmigung durch den oder die gesetzlichen Vertreter sowie pflegschaftsgerichtliche Genehmigung rückwirkend wirksam werden, andernfalls ist sie von Beginn an unwirksam.<sup>79</sup>

Die Bestellung eines Kollisionskurators für den mj Stifter trotz pflegschaftsgerichtlicher Genehmigung ist dann vorzunehmen, wenn aufgrund eines objektiv gegebenen Interessenwiderspruchs eine Gefährdung der Interessen des Minderjährigen zu befürchten ist.<sup>80</sup> Vom Vorliegen eines derartigen Interessenkonflikts wird dann auszugehen sein, wenn einer der gesetzlichen Vertreter des mj Stifters Mitstifter ist, da in solch einem Fall eine Interessenskollision zwischen dem Minderjährigen und dessen gesetzlichen Vertreter objektiv betrachtet eher wahrscheinlich ist und nicht zur Gänze ausgeschlossen werden kann.<sup>81</sup>

Die Notwendigkeit des Vorliegens der Geschäftsfähigkeit, einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung oder der Mitwirkung eines Kollisionskurators ist

---

<sup>74</sup> *Limberg*, Privatstiftung, 7; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, HBzPSG, 45.

<sup>75</sup> *Pittl*, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, NZ 1999, 197 (199); *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 3.

<sup>76</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 26; vgl auch OGH 25.2.1999, 6 Ob 332/98m.

<sup>77</sup> *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, HBzPSG 46.

<sup>78</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 27; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, HBzPSG 46.

<sup>79</sup> *Csoklich*, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, HBzPSG 46.

<sup>80</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 29

<sup>81</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 29.

daran zu erkennen, als das Fehlen selbiger durch Eintragung in das Firmenbuch nicht geheilt werden kann.<sup>82</sup>

### 3. Stifterrechte<sup>83</sup>

Dem Stifter stehen bestimmte gesetzlich geregelte Gestaltungsrechte zu, durch welche das Schicksal der zu gründenden bzw bereits operativen Stiftung nachhaltig bestimmt werden kann. Hierbei ist gem § 3 Abs 2 PSG zwischen den sog *zustehenden Rechten* und den *vorbehaltenen Rechten* zu unterscheiden.<sup>84</sup>

Zu den *zustehenden Rechten* zählen das

- Recht zur Ausgestaltung und Abgabe der Stiftungserklärung,
- Recht zur Änderung und zum Widerruf der Stiftungserklärung vor Entstehen der Privatstiftung (§ 33 Abs 1 PSG)<sup>85</sup> sowie das
- Recht auf Bestimmung der Mitglieder des ersten Stiftungsvorstands (§ 15 Abs 4 PSG) und des ersten Aufsichtsrats (§ 24 Abs 1 PSG)
- Recht auf Vorlage des Gründungsprüfungsberichts (§ 11 Abs 3 1. Satz PSG).

Bei Errichtung der Stiftung entstehen durch Festlegung eines besonderen Vorbehalts die erwähnten *vorbehaltenen Rechte*.

Darunter fallen das

- Recht auf Abänderung der Stiftungserklärung nach Entstehen der Privatstiftung (§ 33 Abs 2 PSG),
- Recht auf Widerruf der Privatstiftung (§ 34 PSG)<sup>86</sup> sowie das
- Recht auf nachträgliche Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde.

§ 3 Abs 3 PSG umschreibt die Rechte des Stifters mit „*die Privatstiftung zu gestalten*“ („*Gestaltungsrechte*“).<sup>87</sup> Darunter sind die dem Stifter „*zustehenden*“ und „*vorbehaltenen*“ Rechte zu verstehen.<sup>88</sup>

Zu den Gestaltungsrechten zählen die Rechte auf

- Ausgestaltung der Stiftungserklärung,

---

<sup>82</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 46; N. Arnold, PSG § 3 Rz 34; OGH 12.8.2004, 1 Ob 166/04z; OGH 24.5.2006, 6 Ob 78/06y = ZfS 2006, 118 = RdW 2006, 631.

<sup>83</sup> Aufgrund der Fülle der Rechte, die dem Stifter in Bezug auf „*seine*“ Privatstiftung zustehen wird lediglich ein Überblick über selbige geboten.

<sup>84</sup> Schurr in Czernich/Guggenberger/Schwarz, HB Familienunternehmen, 276; N. Arnold, PSG § 3 Rz 40.

<sup>85</sup> Siehe ausführlich Müller, Änderung, Widerruf und Beendigung der Privatstiftung, in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 267 (269).

<sup>86</sup> Limberg, Privatstiftung, 7; N. Arnold, PSG § 33 Rz 9 und § 34 Rz 3.

<sup>87</sup> N. Arnold, PSG § 3 Rz 40.

<sup>88</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 3 Abs2 und Abs 3.

- Änderung und Widerruf der Stiftungserklärung vor Entstehen der Privatstiftung (§ 33 Abs 1 1. Halbsatz PSG),
- (soweit vorbehalten) Änderung der Stiftungserklärung nach Entstehen der Privatstiftung (§ 33 Abs 2 PSG),
- (bei natürlichen Personen – soweit vorbehalten) Widerruf der Privatstiftung (§ 34 PSG) und
- (soweit vorbehalten) nachträgliche Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde.<sup>89</sup>

Nach *N. Arnold*<sup>90</sup> zählt das dem Stifter zukommende Recht auf Vorlage des Gründungsprüfungsberichts nicht zu den Gestaltungsrechten, da selbiges nicht unter den Begriff „*Gestaltungsrechte*“ subsumiert werden könne. Das Recht des Stifters die Mitglieder des ersten Stiftungsvorstands und des ersten Aufsichtsrats zu bestellen, falle ebenfalls nicht unter den Begriff der Gestaltungsrechte.

Bei Errichtung zB einer Familienstiftung,<sup>91</sup> die den Regeln des PSG folgt, können die vorbehaltenen Rechte innerhalb der Familie hierarchisch gestaffelt werden. Das ist dann von Vorteil, wenn beispielsweise ein Unternehmer mit seinen beiden Kindern gemeinsam eine Familienstiftung errichtet und lediglich er selbst Vermögen widmet. In dieser Situation wird er ein Interesse daran haben, selbst bis zu seinem Ableben allein die vorbehaltenen Rechte ausüben zu können und erst danach seine mitstiftenden Kinder.<sup>92</sup>

Das österreichische Privatstiftungsrecht bietet daher bei Neugründung von Familienstiftungen einen weiten Gestaltungsspielraum. Bei Gründung einer Familienstiftung mit vielen Familienmitgliedern lassen sich die klassischen Vorteile der Familienstiftung (zB Loslösung vom Privatvermögen, steuerliche Vorteile, dauerhafte Zweckverfolgung) mit dem Vorteil der möglichst lang andauernden Einflussnahmemöglichkeit verbinden.

Zu beachten ist, dass diese Gestaltungsrechte des Stifters gem § 3 Abs 3 PSG nicht auf die Rechtsnachfolger des Stifters übergehen, da dies dem Wesen der Privatstiftung widerspräche. Die dem Stifter zustehenden Rechte sind daher höchstpersönlich, unveräußerlich und unvererblich,<sup>93</sup> jedoch nicht vertretungsfeindlich.<sup>94</sup>

<sup>89</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 40.

<sup>90</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 40.

<sup>91</sup> Siehe dazu unten Punkt V. *Exkurs: Die Familienstiftung (Versorgungsstiftung)*.

<sup>92</sup> *Schurr* in *Czernich/Guggenberger/Schwarz*, HB Familienunternehmen, 277.

<sup>93</sup> *Pittl*, NZ 1999, 198.

<sup>94</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 43; aA *B. Jud*, GesRZ 2007, 292.

#### 4. Nachstifter und Zustifter

Der Stifter einer Privatstiftung kann nicht nur anlässlich deren Errichtung Vermögen widmen. Er kann auch nachträglich, zB in Form einer letztwilligen Verfügung oder einer schuldrechtlichen Vereinbarung Vermögen zuführen. Dies bezeichnet man als sog „Nachstiftung“.<sup>95</sup>

Kommt es nach der Errichtung der Stiftung zu einer Vermögenszuwendung von Dritten, so erlangen diese dadurch nicht Stifterstellung (§ 3 Abs 4 PSG). Es handelt sich vielmehr um eine nachträgliche „Zustiftung“,<sup>96</sup> die eine unentgeltliche<sup>97</sup> Widmung darstellt und der Zustimmung durch die Privatstiftung bedarf.<sup>98</sup>

Stellt der Zustifter etwa Bedingungen hinsichtlich der Verwendung des von ihm gestifteten Vermögens, kann die Privatstiftung diese Zuwendung nur annehmen, wenn die Bedingungen nicht der Stiftungserklärung widersprechen.<sup>99</sup>

#### D. Stiftermehrheit

Wie bereits unter Punkt II.C. *Der Stifter* erläutert besteht die Möglichkeit eine Privatstiftung unter Lebenden mit mehreren Stiftern gemeinsam zu errichten.<sup>100</sup> Nicht zulässig ist jedoch eine mehrfache Stifterstellung einer Person bei ein und derselben Stiftung, dh innerhalb einer Stiftung kann der Stifter lediglich einmal Stifterstellung innehaben.<sup>101</sup>

Hingegen ist es möglich, dass ein und dieselbe Person eine oder mehrere Privatstiftungen unter Lebenden, sei es alleine oder mit anderen Stiftern, sowie eine oder mehrere Privatstiftungen von Todes wegen errichtet.<sup>102</sup> Insbesondere im Bereich der Familienstiftung<sup>103</sup> wird von der Möglichkeit der Stiftermehrheit häufig Gebrauch gemacht, offenbar um alle Familienmitglieder bei der Errichtung der Stiftung mit einzubeziehen.

Eine Stiftermehrheit birgt mitunter aber auch Nachteile und Risiken in sich. So können etwa Gläubiger eines Stifters über dessen Gestaltungsrechte bei Vorliegen der Voraussetzungen auf das Stiftungsvermögen zugreifen,<sup>104</sup> was zu einer Substanzgefährdung

---

<sup>95</sup> N. Arnold, PSG § 4 Rz 28.

<sup>96</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 39; N. Arnold, PSG § 4 Rz 28.

<sup>97</sup> Die Unentgeltlichkeit ist für die Nach- und Zustiftung wesentypisch; siehe N. Arnold, PSG § 4 Rz 28.

<sup>98</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 39.

<sup>99</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 39.

<sup>100</sup> Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG 45.

<sup>101</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 3 Rz 3; N. Arnold, PSG § 3 Rz 35.

<sup>102</sup> N. Arnold, PSG § 3 Rz 35.

<sup>103</sup> Siehe dazu weiter unten unter Punkt V. den knappen Exkurs: *Die Familienstiftung (Versorgungstiftung)*.

<sup>104</sup> OGH 26.04.2006, 3 Ob 16/06 h = JBI 2007, 106.

führen kann.<sup>105</sup> Die §§ 331 ff EO ermöglichen daher den Gläubigern ein dem Stifter vorbehaltenes Änderungsrecht zu pfänden und aufgrund einer Ermächtigung des Gerichts, eine Änderung der Stiftungserklärung namens des Stifters vorzunehmen.<sup>106</sup>

Eine weitere Schwierigkeit wird bei einer allenfalls notwendigen Änderung der Stiftungserklärung auftreten, die bei Vorliegen einer Stiftermehrheit lediglich einstimmig vorgenommen werden kann,<sup>107</sup> was bei entgegengesetzten Interessen zu Problemen führen wird. Auch können die den Stiftern zustehenden oder vorbehaltenen Rechte<sup>108</sup> nur von allen Stiftern gemeinsam ausgeübt werden, wobei jedoch abweichende Regelungen in einer Stiftungsurkunde erlaubt sind.<sup>109</sup>

## **E. Organisation der Privatstiftung**

### **1. Allgemeines**

Grundsätzlich soll die Organisation der Privatstiftung derart aufgebaut sein, dass ein Entscheidungsträger vorhanden ist, dessen Funktionsfähigkeit in jeglicher Situation, dh etwa auch bei Wegfall von Organwaltern gewährleistet ist.<sup>110</sup>

Zudem ist dieser Entscheidungsträger zu überwachen, um die Qualität der Entscheidungen sowie deren Ausrichtung auf den Stiftungszweck zu wahren.<sup>111</sup>

Gem § 14 Abs 1 PSG sind obligatorische Organe der Privatstiftung der Stiftungsvorstand, der Stiftungsprüfer und gegebenenfalls der Aufsichtsrat.

Abs 2 *leg cit* ermöglicht dem Stifter weitere Organe<sup>112</sup> zur Wahrung des Stiftungszwecks einzusetzen.

### **2. Stiftungsvorstand**

Der Stiftungsvorstand wird vom Stifter<sup>113</sup> oder vom Stiftungskurator bestellt (§ 15 Abs 4 PSG) und besteht aus wenigstens drei Mitgliedern, wovon zwei ihren gewöhnlichen

---

<sup>105</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 36a.

<sup>106</sup> OGH 26.04.2006, 3 Ob 16/06h; vgl auch OGH 26.04.2006, 3 Ob 217/05s; *Hochedlinger*, OGH: Stifterrechte sind pfändbar! RdW 2006, 485; *N. Arnold*, PSG § 33 Rz 74.

<sup>107</sup> *N. Arnold*, PSG § 33 Rz 48.

<sup>108</sup> Siehe dazu oben Punkt II.C.3. *Stifterrechte*.

<sup>109</sup> OGH 18.09.2009, 6 Ob 16/09g.

<sup>110</sup> *Nowotny*, Die Organisation der Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), HBzPSG 145 (147).

<sup>111</sup> *Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, 145 (147).

<sup>112</sup> Siehe dazu weiter unten Punkt II.E.5. *Weitere Organe*.

<sup>113</sup> Der OGH steht der Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes durch Begünstigte (auch durch Stifter als Begünstigte) kritisch gegenüber; siehe dazu OGH 5.08.2009, 6 Ob 42/09 h = RdW 2009, 717f = GesRZ 2009, 372 (Anm *Hochedlinger*) = wbl 2009, 562; vgl dem widersprechend den Beschluss des OLG

Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Vertragsstaat des Abkommens über die Schaffung eines Europäischen Wirtschaftsraumes haben müssen (§ 15 Abs 1 PSG).

Ein Begünstigter, dessen Ehegatte sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, können nicht Mitglieder des Stiftungsvorstandes sein (§ 15 Abs 2 PSG).<sup>114</sup> Ebenso wenig können natürliche Personen, die im Sinne des § 244 Abs 2 UGB an einer juristischen Person, die Begünstigte ist, beteiligt sind, deren Ehegatte, deren Lebensgefährtin<sup>115</sup> sowie Personen, die mit der natürlichen Person in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, Mitglieder des Stiftungsvorstandes sein (§ 15 Abs 3 PSG).

Der Stiftungsvorstand ist ua zuständig für die Vermögensverwaltung, Vertretung der Privatstiftung nach außen und sorgt für die Erfüllung des Stiftungszwecks (§ 17 PSG), sodass ihm zur Wahrung der Interessen des Begünstigten eine Art „*Leitungsmacht*“ zukommt.<sup>116</sup> Dies wirft die Frage nach seiner eigenen Verantwortung und Kontrolle auf.

Wenn die Stiftungserklärung nichts anderes bestimmt, sind sämtliche Mitglieder des Stiftungsvorstands nur gemeinschaftlich zur Abgabe von Willenserklärungen und zur Zeichnung für die Privatstiftung befugt (§ 17 Abs 3 PSG). Somit geht das Gesetz von einer Selbstkontrolle des Stiftungsvorstands aus, die durch die wechselseitigen Überwachungs- und Kontrollaufgaben der Vorstandsmitglieder funktionieren soll<sup>117</sup> und sieht bloß subsidiär die gerichtliche Aufsicht vor.<sup>118</sup>

Hinzu tritt die Kontrolle des Stiftungsprüfers gem § 21 PSG, da dieser die Übereinstimmung des Lageberichts mit dem Jahresabschluss im Hinblick auf die Einhaltung des Stiftungszwecks prüft. Nachdem § 18 letzter Satz PSG verlangt, dass der Stiftungsvorstand im Lagebericht ua auf die Erfüllung des Stiftungszwecks einzugehen hat, fällt daher auch die Prüfung der Einhaltung des Stiftungszwecks in die Zuständigkeit des Stiftungsprüfers.<sup>119</sup>

---

Innsbruck vom 5.03.2010, 3 R 13/10a, in welchem das Gericht zur Ansicht gelangt, dass auch ein begünstigtendominierter Stiftungsbeirat wirksam Vorstandsmitglieder bestellen kann, wenn sichergestellt ist, dass die vorzeitige Abberufung von Vorstandsmitgliedern auf objektiv wichtige Gründe beschränkt ist.

<sup>114</sup> Sog Unvereinbarkeitsbestimmung; der Abs 2 und Abs 3 des § 15 PSG stellen zwingendes Recht dar; siehe OGH 15.12.2004, 6 Ob 180/04 w = GeS 2005, 154 (Anm. N. Arnold); N. Arnold, PSG § 15 Rz 18 f.

<sup>115</sup> Der Ausschluss der Lebensgefährtin als Mitglied des Stiftungsvorstandes wurde durch das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 – FamRÄG 2009, BGBl I 2009/75 eingeführt.

<sup>116</sup> Hofmann, Der Auskunftsanspruch des Begünstigten einer Privatstiftung, GesRZ 2006, 17 (18).

<sup>117</sup> Hofmann, GesRZ 2006, 19.

<sup>118</sup> Vgl OGH 15.12.2004, 6 Ob 180/04w = SZ 2004/177 = WBI 2005/179, 332 = RdW 2005/317, 295 = GeS 2005, 154 [Anm N. Arnold] = eolex 2005/ 210, 453 = GesRZ 2005, 140.

<sup>119</sup> N. Arnold, PSG § 21 Rz 4.

### 3. Stiftungsprüfer

Als zwingendes Kontrollorgan<sup>120</sup> muss jede Privatstiftung bereits ab ihrer Entstehung – und nicht erst ab Errichtung – einen Stiftungsprüfer haben.<sup>121</sup>

Der Stiftungsprüfer ist vom Gericht, gegebenenfalls vom Aufsichtsrat zu bestellen. Es dürfen nur beeidete Wirtschaftsprüfer und Steuerberater oder Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften oder beeidete Buchprüfer und Steuerberater oder Buchprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften bestellt werden (§ 20 PSG).

Zu seinen Aufgaben zählen ua die jährliche Prüfung des Jahresabschlusses einschließlich der Buchführung sowie die Prüfung des Lageberichts (§ 21 PSG). Wie soeben oben erwähnt<sup>122</sup> trifft ihn auch eine gewisse Kontrollfunktion gegenüber dem Stiftungsvorstand.

Stiftungsprüfer dürfen nur jene Personen sein, auf die keines der in § 20 Abs 3 PSG aufgezählten Tatbestandsmerkmale zutrifft, wie zB Begünstigter oder Arbeitnehmer der Privatstiftung, sodass hierin eine Unvereinbarkeitsbestimmung zu sehen ist.

### 4. Aufsichtsrat

Unter bestimmten, in § 22 Abs 1 PSG aufgezählten Umständen ist ein Aufsichtsrat zu bestellen. So etwa, wenn die Anzahl der Arbeitnehmer der Privatstiftung dreihundert übersteigt oder die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften oder inländische Genossenschaften einheitlich leitet.

Dem Aufsichtsrat müssen mindestens drei natürliche Personen angehören, die nicht zugleich dem Stiftungsvorstand angehören oder Stiftungsprüfer sein dürfen (§ 23 PSG).

Begünstigte oder deren Angehörige dürfen nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen (Abs 2 leg cit).

Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung und Gebarung der Privatstiftung zu überwachen (§ 25 Abs 1 1. Satz PSG), die Bestellung des Stiftungsprüfers, wenn nicht durch das Gericht erfolgt, (§ 20 Abs 1 PSG) sowie Vertretung der Privatstiftung bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern vorzunehmen (§ 25 Abs 3 PSG).

---

<sup>120</sup> N. Arnold, PSG § 20 Rz 1; vgl auch § 14 Abs 1 PSG: „Organe der Privatstiftung sind der Stiftungsvorstand, der Stiftungsprüfer und gegebenenfalls der Aufsichtsrat.“

<sup>121</sup> Vgl EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 20 Abs 1; Nowotny in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), HBzPSG 163.

<sup>122</sup> Siehe II.E.2. *Der Stiftungsvorstand*.

## 5. Weitere Organe

Bereits in den Materialien zum PSG<sup>123</sup> ist angeführt, dass es dem Stifter unbenommen bleibt neben den obligatorisch einzurichtenden Organen noch weitere Organe zu bestellen.<sup>124</sup>

Diese haben naturgemäß den Stiftungszweck zu wahren und können lediglich Kontroll- und Beratungsorgane sein, wie etwa ein Beirat. Vertretungsmacht kann ihnen nicht eingeräumt werden und dürfen durch diese Organe auch nicht die Aufgaben der gesetzlich vorgesehenen Organe ausgehöhlt oder verdrängt werden. Vertreten wird die Stiftung freilich nach wie vor vom Stiftungsvorstand.<sup>125</sup>

## F. Der Begünstigte

Begünstigte sind dem Stiftungsbegriff insoweit immanent, als es ohne Begünstigte keine Privatstiftung geben kann.<sup>126</sup> Dies ergibt sich bereits aus § 9 Abs 1 PSG, der den notwendigen Inhalt der Stiftungserklärung aufzählt. Danach muss die Stiftungsurkunde entweder die Begünstigten bezeichnen oder die Angabe einer Stelle enthalten, die über die Feststellung der Begünstigten zu entscheiden hat (Z 3 leg cit).

Das PSG unterscheidet zwischen Begünstigten und Letztbegünstigten. Beide Rechtstellungen werden nachstehend erörtert.

### 1. Eignung und Rechtstellung des Begünstigten

Eine Definition des Begriffs des Begünstigten sieht das PSG nicht vor.

Der Gesetzgeber umschreibt in § 5 PSG lediglich die zulässigen formalen Modalitäten seiner Bezeichnung oder Feststellung.<sup>127</sup>

Grundsätzlich ist derjenige Begünstigter, der in der Stiftungserklärung als solcher bezeichnet wird.

Ist der Begünstigte in der Stiftungserklärung nicht bezeichnet, so ist Begünstigter, wer von der vom Stifter dazu berufenen Stelle (§ 9 Abs 1 Z 3 PSG), sonst vom Stiftungsvorstand als solcher festgestellt worden ist (§ 5 PSG).

---

<sup>123</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 14 Abs 2.

<sup>124</sup> Pittl, NZ 1999, 203.

<sup>125</sup> Pittl, NZ 1999, 204.

<sup>126</sup> Die sog *Selbstzweckstiftungen* sind nicht zulässig; Kalss, Die Kontrollrechte von Begünstigten, in *Kathrein & Co* (Hrsg) *Stiftungsletter* 15/2010, 4; N. Arnold, PSG § 5 Rz 4.

<sup>127</sup> N. Arnold, PSG § 5 Rz 2; Hofmann, GesRZ 2006, 21; vgl auch Kalss in *Kathrein & Co* (Hrsg) *Stiftungsletter* 15/2010, 4.

Ebenso wie der Stifter kann auch der Begünstigte eine natürliche oder juristische Person sein.<sup>128</sup> Tiere und Sachen sind mangels Rechtsfähigkeit als Begünstigte ausgeschlossen,<sup>129</sup> Geschäftsfähigkeit wird vom Begünstigten jedoch nicht verlangt, sodass auch beschränkt Geschäftsfähige oder besachwaltete Personen die Begünstigtenstellung innehaben können.<sup>130</sup>

Die Rechtstellung des Begünstigten beginnt bei Bezeichnung in der Stiftungserklärung regelmäßig mit der Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch oder mit der späteren Geburt des Begünstigten.<sup>131</sup> Sie erlischt mit seinem Tod oder durch Verzicht.<sup>132</sup>

Der Begünstigte ist weder Gesellschafter noch Eigentümer der Privatstiftung; nach überwiegender Ansicht<sup>133</sup> sei seine rechtliche Stellung mit der des Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter (§ 881 f ABGB) vergleichbar.<sup>134</sup>

Hinsichtlich seines Anspruchs auf Leistung der Zuwendung enthält das PSG keine Regelung, ob dieser Anspruch klagbar ist. Der Stifter kann daher dem Begünstigten einen klagbaren Anspruch einräumen, jedoch selbigen auch ausschließen.<sup>135</sup>

Demnach lassen sich drei Begünstigtentypen unterscheiden:

- Begünstigte mit einem klagbaren Anspruch,
- aktuell Begünstigte,
- potentiell Begünstigte.

Begünstigte mit einem klagbaren Anspruch sind Gläubiger der Privatstiftung. Sie erhalten vom Vorstand ihre Zuwendung ausbezahlt und können ihre Begünstigung auch klagsweise durchsetzen.<sup>136</sup>

Aktuelle Begünstigte sind Personen, die in der Stiftungserklärung als solche bezeichnet werden oder durch eine entsprechende Entscheidung einer Stelle iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG eine Begünstigtenstellung zuerkannt erhalten. Über einen durchsetzbaren Anspruch verfügen sie jedoch nur, wenn die Stiftungserklärung selbigen einräumt<sup>137</sup>.

---

<sup>128</sup> Löffler in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Privatstiftungsgesetz (1995), § 5 Rz 1; N. Arnold, PSG § 5 Rz 16.

<sup>129</sup> Löffler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 5 Rz 1; N. Arnold, PSG § 5 Rz 17.

<sup>130</sup> N. Arnold, PSG § 5 Rz 19.

<sup>131</sup> Schauer, GesRZ 2000, 234; Löffler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 5 Rz 7; Bruckner/Fries/Fries, Familienstiftung, 56.

<sup>132</sup> Schauer, GesRZ 2000, 234; Löffler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 5 Rz 8; N. Arnold, PSG § 5 Rz 27.

<sup>133</sup> Vgl etwa Löffler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 5 Rz 1; Bruckner/Fries/Fries, Familienstiftung, 55; Fries, *ecolex* 1993, 752.

<sup>134</sup> AA N. Arnold, PSG § 5 Rz 7, der unmittelbar die Stiftungserklärung selbst als Rechtsgrundlage der Begünstigtenstellung sieht.

<sup>135</sup> N. Arnold, PSG § 5 Rz 47; Briem, Die rechtliche Stellung des Begünstigten einer Privatstiftung in Gassner/Göth/Gröhs/Lang (Hrsg), Privatstiftungen, Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000) 77 (88).

<sup>136</sup> Kalss/Zollner, Die gesetzlichen Rechte der Begünstigten, GesRZ 2008, 125 (126 ff).

<sup>137</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 5.

Die letzte Gruppe der Begünstigten ist jene der bloß potentiell Begünstigten. Ihre tatsächliche Begünstigtenstellung hängt vom Eintritt weiterer Umstände, wie etwa Bedingungen oder Auflagen ab.<sup>138</sup>

## 2. Letztbegünstigter

Gem § 6 PSG ist Letztbegünstigter derjenige, dem ein nach Abwicklung der Privatstiftung verbleibendes Vermögen zukommen soll.

Durch diese Formulierung ist es unstrittig, dass diejenigen Personen Letztbegünstigte sind, denen nach Beendigung der Abwicklung gem § 36 PSG Vermögen zufließen soll.<sup>139</sup>

Wie schon bei der Nennung des Begünstigten steht es auch hier dem Stifter frei, den Letztbegünstigten konkret in der Stiftungserklärung zu bezeichnen. Es genügt jedoch ebenso die Bestimmbarkeit des Letztbegünstigten.<sup>140</sup>

Findet sich in der Stiftungserklärung keine Regelung hinsichtlich der Letztbegünstigtenstellung, führt dies nicht zu ihrer Fehlerhaftigkeit,<sup>141</sup> da die Bezeichnung des Letztbegünstigten keinen zwingenden Inhalt der Stiftungsurkunde darstellt (vgl § 9 Abs 1 PSG). Vielmehr sieht diesfalls § 36 Abs 4 PSG eine Zweifelsregelung vor, wonach der Stifter Letztbegünstigter ist, wenn die Stiftung infolge Widerrufs durch den Stifter aufgelöst wird und die Stiftungserklärung nicht anderes vorsieht. Ist kein Letztbegünstigter vorhanden, weil dieser etwa bereits verstorben ist oder das Stiftungsvermögen nicht annehmen möchte und ergibt sich aus der Stiftungserklärung keine sonstige Regelung, so fällt das Vermögen der Republik Österreich anheim (§ 36 Abs 3 PSG).<sup>142</sup>

Die Stellung des Letztbegünstigten kann bedingt oder befristet sein sowie mit Auflagen verbunden werden.<sup>143</sup> Dadurch soll offenbar nochmals abschließend dem Stifter die Möglichkeit der Verwirklichung seiner Vorstellungen gegeben werden.

Als Rechte des Letztbegünstigten<sup>144</sup> sind in knapper Form das Recht auf Auflösung der Privatstiftung durch das Gericht, sofern ein Auflösungsgrund gem § 35 Abs 2 PSG<sup>145</sup>

---

<sup>138</sup> Kalss/Zollner, GesRZ 2008, 126 ff.

<sup>139</sup> N. Arnold, PSG § 6 Rz 2.

<sup>140</sup> N. Arnold, PSG § 6 Rz 8.

<sup>141</sup> Kalss/Zollner, GesRZ 2008, 125.

<sup>142</sup> Es kennt daher das PSG eine dem Heimfallsrecht (§ 760 ABGB) im Erbrecht nachempfundene Regelung; N. Arnold, PSG § 6 Rz 6; siehe auch Kalss/Zollner, GesRZ 2008, 125 FN 5.

<sup>143</sup> N. Arnold, PSG § 6 Rz 11.

<sup>144</sup> Siehe auch N. Arnold, PSG § 6 Rz 15 f.

<sup>145</sup> "Der Stiftungsvorstand hat einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen, sobald ihm ein zulässiger Widerruf des Stifters zugegangen ist (Z 1); der Stiftungszweck erreicht oder nicht mehr erreichbar ist (Z 2); eine

vorliegt und kein Auflösungsbeschluss zustande kommt (§ 35 Abs 3 PSG) zu erwähnen, sowie das Recht auf Aufhebung des Auflösungsbeschlusses, sofern der Stiftungsvorstand einstimmig einen Auflösungsbeschluss gefasst hat, obwohl die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (§ 35 Abs 4 PSG). Mehr Rechte hat der Letztbegünstigte nach dem PSG nicht, doch kann ihm der Stifter in der Stiftungserklärung weitere einräumen, wie etwa ein Auskunftsrecht gem § 30 PSG.<sup>146</sup>

## G. Beendigung der Privatstiftung

§ 35 Abs 1 Z 1 – Z 5 PSG zählt jene Gründe auf, die die Auflösung der Privatstiftung bewirken.<sup>147</sup> Dabei handelt es sich um autonome Auflösungsgründe, die eo ipso zur Auflösung der Privatstiftung führen.<sup>148</sup>

Der Stiftungsvorstand hat in folgenden Fällen einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen (Abs 2 leg cit):

- bei Widerruf des Stifters,
- Stiftungszweck ist erreicht oder kann nicht mehr erreicht werden,
- Eintritt von in der Stiftungserklärung festgesetzten Gründen,
- Privatstiftungen, die nicht gemeinnützig sind und überwiegend der Versorgung von natürlichen Personen dienen, sind nach Ablauf von 100 Jahren aufzulösen, außer alle Letztbegünstigten beschließen, sie – für maximal weitere 100 Jahre – fortzusetzen.

Liegt einer der Auflösungsgründe gem § 35 Abs 1 Z 1 und Z 4 PSG vor, hat der Stiftungsvorstand die Eintragung der Auflösung in das Firmenbuch anzumelden.

Wurde die Privatstiftung aufgrund eines Gerichtsbeschlusses aufgelöst, so hat das Gericht das Firmenbuchgericht zu benachrichtigen. Die Auflösung ist dann vom Firmenbuchgericht von Amts wegen in das Firmenbuch einzutragen (§ 35 Abs 6 PSG).<sup>149</sup>

Im Falle der Auflösung durch Beschlussfassung des Stiftungsvorstands, sowie im Falle des Zeitablaufs wird die Auflösung erst mit der Eintragung im Firmenbuch wirksam.

---

*nicht gemeinnützige Privatstiftung, deren überwiegender Zweck die Versorgung von natürlichen Personen ist, 100 Jahre gedauert hat, es sei denn, dass alle Letztbegünstigten einstimmig beschließen, die Privatstiftung für einen weiteren Zeitraum, längstens jedoch jeweils für 100 Jahre, fortzusetzen (Z 3); andere in der Stiftungserklärung dafür genannte Gründe gegeben sind.“*

<sup>146</sup> Vgl etwa OGH 27.4.2006, 6 Ob 19/0x; OGH 21.12.2006, 6 Ob 93/06d; sieh auch OGH 21.06.2007, 6 Ob 95/07z = GesRZ 2007,434 (Perl) = ZfS 2007,90 = eolex 2007, 858 (Limberg) = RdW 2008, 78.

<sup>147</sup> Das sind Befristung, Insolvenz (dh Konkursöffnung), Auflösungsbeschluss und Gerichtsbeschluss.

<sup>148</sup> Müller, Änderung, Widerruf und Beendigung der Privatstiftung in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), HBzPSG, 267 (280).

<sup>149</sup> N. Arnold, PSG § 35 Rz 20a.

Anderes gilt bei Konkurseröffnung: diesfalls hat die Eintragung im Firmenbuch lediglich deklarative Wirkung.<sup>150</sup>

Dem Auflösungsverfahren folgt automatisch die Abwicklung gem § 36 PSG,<sup>151</sup> außer im Falle der Konkurseröffnung.<sup>152</sup>

Abgesehen von den in § 35 Abs 1 PSG genannten Fällen, findet eine Auflösung der Privatstiftung durch Ausübung des Widerrufsrechts durch den Stifter statt. Wie bereits weiter oben<sup>153</sup> erläutert kann sich dieser ein sog Widerrufsrecht nach § 34 PSG hinsichtlich der Privatstiftung vorbehalten, bei dessen zulässiger Ausübung der Stiftungsvorstand einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen hat (§ 35 Abs 2 Z 1 PSG).

Fällt der Stiftungsvorstand trotz Vorliegens der Voraussetzungen eines Auflösungsbeschlusses selbigen nicht, besteht für den Stifter die Möglichkeit die Auflösung der Privatstiftung durch das Gericht zu beantragen (§ 35 Abs 3 PSG). In weiterer Folge wird die Auflösung der Privatstiftung gem § 35 Abs 5 PSG in das Firmenbuch eingetragen; es kommt zur Abwicklung und anschließenden Löschung der Stiftung nach § 37 PSG.

### **III. Scheidungsrecht**

Der Vollständigkeit halber wird dem Leser ein knapper Überblick der möglichen Scheidungsarten geboten. Auf Erläuterungen der Folgen der Nichtigerklärung sowie Aufhebung der Ehe wird im gegebenen Zusammenhang verzichtet.

#### **A. Grundsätzliches zu den Scheidungsarten**

Durch die Einführung des deutschen EheG 1938<sup>154</sup> in Österreich wurde ein allgemeines konfessionell unabhängiges Scheidungsrecht eingeführt, das grundsätzlich vom Verschuldensprinzip, aber auch vom Zerrüttungsprinzip ausging.<sup>155</sup>

Das Verschuldensprinzip erlaubt einem Partner die Scheidung zu begehren, weil der andere Ehepartner die aus dem Rechtsinstitut der Ehe entspringenden Pflichten aus Verschulden so grob verletzt hat, dass dem schuldlosen Partner ein weiteres Zusammenleben nicht zumutbar ist.<sup>156</sup>

---

<sup>150</sup> N. Arnold, PSG § 35 Rz 21.

<sup>151</sup> Müller in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, HBzPSG, 290; N. Arnold, PSG § 36 Rz 1.

<sup>152</sup> N. Arnold, PSG § 35 Rz 22.

<sup>153</sup> Siehe oben Punkt II.C.3. *Stifterrechte*.

<sup>154</sup> GBlÖ Nr. 244/1938.

<sup>155</sup> Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft<sup>10</sup> (2009) 115.

<sup>156</sup> Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> I (2008) 485.

Das Zerrüttungsprinzip stellt dagegen nur darauf ab, ob die eheliche Gemeinschaft faktisch so zerrüttet ist, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann.<sup>157</sup>

Im Zuge des EheRÄG 1999<sup>158</sup> wurde jedoch das Verschuldensprinzip zugunsten des Zerrüttungsprinzips insofern zurückgedrängt, als die absoluten Scheidungsgründe beseitigt und ein verschuldensunabhängiger Unterhalt geschaffen wurde.<sup>159</sup>

Nach dem Gesetz gibt es folgende Scheidungsmöglichkeiten:

- Scheidung wegen Verschuldens (§ 49 EheG)
- Scheidung aus anderen Gründen (§§ 50 - 52 EheG)
- Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft (§ 55 EheG)
- Scheidung aus beiderseitigem Einvernehmen (§ 55a EheG).

### **1. Scheidung wegen Verschuldens gem § 49 EheG**

§ 49 EheG stellt einen Generaltatbestand für die Scheidung aus Verschulden auf.<sup>160</sup> Danach kann ein Ehegatte Scheidung begehren, wenn der andere durch eine schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, dass die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann.

Unheilbare Zerrüttung ist dann anzunehmen, wenn die geistige, seelische und körperliche Gemeinschaft zwischen den Ehegatten und damit die Grundlage der Ehe objektiv und wenigstens bei einem der beiden Ehegatten auch subjektiv zu bestehen aufgehört haben;<sup>161</sup> es genügt, dass der Kläger die eheliche Gesinnung verloren hat.<sup>162</sup>

Das bedeutet, Tatbestandsmerkmal des § 49 EheG ist also einerseits die schuldhaft gesetzte schwere Eheverfehlung und andererseits die Zerrüttung der Ehe, sodass die Verfehlung für die Ehezerüttung kausal gewesen sein muss.<sup>163</sup>

Die Eheverfehlung ist jedoch nur dann schuldhaft, wenn das Verhalten rechtswidrig ist. Das bedeutet, das Verhalten widerspricht den aus der Ehe entspringenden Pflichten, der Handelnde ist aber zurechnungsfähig. Andererseits liegt jedoch kein Verschulden vor, wenn

---

<sup>157</sup> *Deixler-Hüber*, Scheidung, 116; *Koziol/Welser*, Band I 485.

<sup>158</sup> Eherechts-Änderungsgesetz 1999, BGBl I Nr. 125/1999; NR: GP XX RV 1653 AB 1926 S. 174.

<sup>159</sup> *Deixler-Hübner*, Scheidung, 116 f..

<sup>160</sup> *Koziol/Welser*, Band I 486.

<sup>161</sup> Man spricht hier von objektiver und subjektiver Seite der Ehezerüttung; siehe ua OGH 17.08.2001, 1 Ob 202/01i; OGH 05.11.2002, 4 Ob 223/02a; RS0117171; *Deixler-Hübner*, Scheidung, 116.

<sup>162</sup> OGH 14.03.1984, 1 Ob 526/84; *Schwimann/Weitzenböck* in *Schwimann*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup>, Band I § 49 EheG Rz 2.

<sup>163</sup> *Deixler-Hübner*, Scheidung, 116.

die Eheverfehlung eine unmittelbare Reaktionshandlung auf ein grob ehewidriges Verhalten des anderen Teiles ist.<sup>164</sup>

§ 49 Satz 2 EheG nennt als Beispiele schwerer Eheverfehlungen den Ehebruch sowie die Zufügung körperlicher Gewalt oder schweren seelischen Leids.

Gem Abs 3 leg cit kann sich aber nicht auf eine Eheverfehlung berufen, wer selbst eine Verfehlung begangen hat.

Derartig ehewidriges Verhalten stellt allerdings dann keinen Rechtfertigungsgrund für die Verschuldensscheidung dar, wenn der andere Ehegatte dem verletzenden Teil verzeihen oder das Verhalten nicht als ehezerstörend empfunden hat (§ 56 EheG).

Die Verzeihung ist ein höchstpersönlicher Akt und erfolgt im Inneren des Verzeihenden.<sup>165</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs<sup>166</sup> ist eine Verzeihung im Sinne des § 56 EheG allerdings nur anzunehmen, wenn der gekränkte Ehegatte durch sein Gesamtverhalten zum Ausdruck bringt, dass er das als Eheverfehlung empfundene Fehlverhalten seines Ehepartners nicht mehr als solches betrachtet und daher vorbehaltlos bereit ist, mit ihm die Ehe fortzusetzen.

Möchte der verletzte Ehegatte Scheidung wegen Verschuldens einbringen, so hat er gem § 57 EheG bestimmte Fristen<sup>167</sup> zu wahren, widrigenfalls sein Scheidungsrecht erlischt.<sup>168</sup>

## **2. Scheidung aus anderen Gründen gem §§ 50 – 52 EheG<sup>169</sup>**

Da die Scheidung nach § 49 EheG Verschulden an der Eheverfehlung voraussetzt, könnte die Ehe nicht aufgelöst werden, wenn das ehewidrige Verhalten von einem geistig gestörten, also delikts- und damit schuldunfähigen Ehegatten gesetzt wurde.<sup>170</sup>

Hier schaffen die §§ 50 und 51 EheG Abhilfe.

---

<sup>164</sup> *Koziol/Welser*, Band I 486.

<sup>165</sup> *Deixler-Hübner*, Scheidung, 125; *Koziol/Welser*, Band I 487 f; *Gruber* in *Schwimmann*, ABGB § 56 EheG Rz 2 und Rz 7.

<sup>166</sup> OGH 7.08.2008, 6 Ob 162/08d; RS0057075.

<sup>167</sup> Innerhalb sechs Monate ab Kenntnis des Scheidungsgrundes muss Klage eingebracht werden.

<sup>168</sup> *Deixler-Hübner*, Scheidung, 126.

<sup>169</sup> Aufgrund dieser in der Praxis nicht allzu häufig vorkommenden Scheidungsgründe werden hält sich deren Ausführung in knapper Form.

<sup>170</sup> *Deixler-Hübner*, Scheidung, 127; *Koziol/Welser*, Band I 489 f.

## 2.1. Auf geistiger Störung beruhendes Verhalten (§ 50 EheG)

Nach § 50 EheG kann demnach jener Ehegatte Scheidung begehren, dessen Ehe wegen des Verhaltens des geistig gestörten Partners so tief zerrüttet ist, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann.

Objektiv wird zwar das äußere Erscheinungsbild eines schweren Eheverstoßes idS § 49 EheG verwirklicht, aufgrund der „geistigen Störung“ fehlt es jedoch an der Verschuldensfähigkeit.<sup>171</sup>

Scheidungsgrund ist im Übrigen nicht die geistige Störung an sich, sondern das dadurch bedingte objektiv ehewidrige Verhalten, das die Ehe zerrüttet hat.<sup>172</sup>

## 2.2. Geisteskrankheit (§ 51 EheG)

Auch hier ist Voraussetzung eine geistige Störung, jedoch hat diese bereits solche Dimensionen angenommen, dass die geistige Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben und eine Wiederherstellung dieser Gemeinschaft nicht zu erwarten ist.

Unter „Geisteskrankheit“ idS § 51 EheG versteht man jede geistig-psychische Anomalie, welche die, der ehelichen Gemeinschaft immanenten Kommunikation zwischen den Ehegatten ausschließt.<sup>173</sup> Das bedeutet die Aufhebung der geistigen Gemeinschaft als Folge der Geisteskrankheit muss eine unheilbare sein.

Eine Verzeihung gem § 56 EheG kommt diesfalls nicht in Betracht, ebenso wenig die Einhaltung der sechsmonatigen Frist des § 57 EheG zur Klagseinbringung.<sup>174</sup>

## 2.3. Ansteckende oder ekelerregende Krankheit (§ 52 EheG)

Nach § 52 EheG kann ein Ehegatte Scheidung begehren, wenn der andere an einer schweren ansteckenden oder ekelerregenden Krankheit leidet und ihre Heilung oder die Beseitigung der Ansteckungsgefahr in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist.

Nach hA<sup>175</sup> ist für das Scheidungsbegehren das Vorliegen der schwer ansteckenden oder ekelerregenden Krankheit nicht ausreichend, vielmehr muss diese Krankheit zu einer unheilbaren Ehezerüttung führen.<sup>176</sup>

---

<sup>171</sup> Schwimann/Weitzenböck in Schwimann, ABGB § 50 EheG Rz 1.

<sup>172</sup> Koziol/Welser, Band I 490.

<sup>173</sup> Deixler-Hübner, Scheidung, 128; Schwimann/Weitzenböck in Schwimann, ABGB § 51 EheG Rz 3.

<sup>174</sup> Schwimann/Weitzenböck in Schwimann, ABGB § 51 EheG Rz 6.

<sup>175</sup> Schwimann/Weitzenböck in Schwimann, ABGB § 52 EheG Rz 1; Stabentheiner in Rummel, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup>, Band II § 52 EheG Rz 1.

<sup>176</sup> Deixler-Hübner, Scheidung, 128.

## 2.4. Vermeidung von Härten (§ 54 EheG)

Grundsätzlich widerspricht die durch §§ 50 – 52 EheG mögliche Scheidung dem Wesen der Ehe, dem Partner in jeglichen Krisensituationen beizustehen.<sup>177</sup>

Dennoch behandelt das EheG den gesunden Ehegatten, der nicht sein weiteres Leben mit einem solchen Partner verbringen möchte bevorzugt.

Um übertriebene Benachteiligungen des kranken und voreilige Entscheidungen des gesunden Ehegatten zu vermeiden, hat der Gesetzgeber die sog „*Härteklausele*“ gem § 54 EheG geschaffen.<sup>178</sup>

Die Scheidung nach §§ 50 – 52 EheG ist daher nicht möglich, wenn sie „*sittlich nicht gerechtfertigt ist*“, wovon auszugehen ist, wenn der kranke Ehegatte von der Scheidung „*außergewöhnlich hart getroffen wäre*.“

Diese Tatbestandsvoraussetzung ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen, va nach der Dauer der Ehe, Lebensalter der Gatten und Anlass der Erkrankung.<sup>179</sup>

Ist jedoch die häusliche Gemeinschaft mehr als sechs Jahre aufgehoben, so kommt die Härteklausele nach § 54 EheG nicht mehr zum Tragen und dem Scheidungsbegehren ist gem § 55 Abs 3 EheG jedenfalls stattzugeben.<sup>180</sup>

## 3. Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft gem § 55 EheG

Die schon in der Praxis weitaus häufiger anzutreffende Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft beruht auf dem sog „*Zerrüttungsprinzip*“.

Da Abs 1 leg cit auf objektive Kriterien wie Auflösung der Gemeinschaft und Zerrüttung der Ehe abstellt, ist für die Scheidung das Verschulden der Ehegatten unbeachtlich und kann daher auch der „*schuldige*“ Gatte Scheidung nach § 55 EheG begehren.<sup>181</sup> Gem § 61 Abs 3 kann jedoch diesfalls der Beklagte einen Schuldausspruch zu Lasten des schuldigen Ehegatten im Scheidungsurteil beantragen, was für die Aufrechterhaltung seines Unterhaltsanspruchs von Bedeutung ist: der Schuldausspruch bewirkt, dass die unterhaltsrechtliche Stellung des Beklagten durch die Scheidung nicht verändert wird.<sup>182</sup>

---

<sup>177</sup> Koziol/Welser, Band I 490.

<sup>178</sup> Schwimann/Weitzenböck in Schwimann, ABGB § 54 EheG Rz 1

<sup>179</sup> vgl auch OGH in EFSig 22.784; 22.789.

<sup>180</sup> Schwimann/Weitzenböck in Schwimann, ABGB § 54 EheG Rz 3; Koziol/Welser, Band I 491; so auch OGH 24.01.1985, 6 Ob 616/83 = JBI 1985, 489.

<sup>181</sup> Koziol/Welser, Band I 492; Schwimann/Weitzenböck in Schwimann, ABGB § 55 EheG Rz 6.

<sup>182</sup> Deixler-Hübner, Scheidung, 129; siehe dazu unten Punkt III.C.4.3. *Scheidung gem § 55 EheG mit Schuldausspruch*.

Voraussetzung für eine Scheidung nach § 55 EheG ist die unheilbare Zerrüttung der Ehe sowie eine mindestens dreijährige Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft.

Eine Besonderheit bei dieser Scheidungsart liegt darin, dass der Beklagte den Einwand erheben kann, den Kläger träfe das alleinige oder überwiegende Verschulden an der Zerrüttung der Ehe und den Beklagten träfe eine Scheidung härter als den Kläger die Abweisung des Scheidungsbegehrens (sog *Widerspruchsrecht*). Bei begründetem Widerspruch hat dann das Gericht gem § 55 Abs 2 EheG das Scheidungsbegehren abzuweisen.<sup>183</sup>

Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit sechs Jahren aufgehoben, dann ist grundsätzlich dem Scheidungsbegehren jedenfalls stattzugeben (Abs 3 leg cit).

#### **4. Scheidung im beiderseitigen Einvernehmen gem § 55a EheG**

Die in der Praxis überwiegende Scheidungsart, weil auch die schnellste, einfachste und günstigste Variante, ist die einvernehmliche Scheidung.<sup>184</sup>

Sie setzt jedoch vier kumulativ vorliegende Punkte voraus (§ 55a EheG):

- Die eheliche Lebensgemeinschaft muss seit mindestens einem halben Jahr aufgehoben sein,
- die Ehegatten müssen die unheilbare Zerrüttung der Ehe zugestehen,
- es muss Einigkeit über die wesentlichen Scheidungsfolgen herrschen und
- ein gemeinsamer Scheidungsantrag wird dem Gericht vorgelegt.

Unter den sog „*wesentlichen Scheidungsfolgen*“ versteht man:

- Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthalt der minderjährigen Kinder oder die Obsorge (§ 177 ABGB),
- Regelung des Besuchsrechts des Elternteils, in dessen Haushalt die Kinder nicht leben (§ 148 ABGB),
- Unterhaltspflicht hinsichtlich der minderjährigen Kinder (§ 140 ABGB), sowie
- vermögensrechtliche Regelung.

Diese Vereinbarung ist gem § 55a Abs 2 EheG dem Gericht in Schriftform vorzulegen, vor Gericht abzuschließen und stellt einen Vergleich<sup>185</sup> dar.

Letztendlich entscheidet das Gericht über einen Antrag der Ehegatten nach § 55a EheG im Verfahren außer Streitsachen mit Beschluss (§ 114a JN<sup>186</sup>, §§ 93 ff AußStrG<sup>187</sup>).<sup>188</sup>

---

<sup>183</sup> *Schwimmann/Weitzenböck* in *Schwimmann*, ABGB § 55 EheG Rz 13; *Koziol/Welser*, Band I 492.

<sup>184</sup> Vgl auch *Deixler-Hübner*, Scheidung, 147.

<sup>185</sup> *Koziol/Welser*, Band I 495.

## B. Rechtsfolgen der Scheidung

Wie die Eheschließung<sup>189</sup> ist auch die Scheidung mit Rechtsfolgen verbunden.

Die Ehe wird zwar mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung „*ex nunc*“<sup>190</sup> aufgelöst (§ 46 EheG), wodurch grundsätzlich die aus der Eheschließung entstandenen wechselseitigen Rechte und Pflichten erlöschen, doch werden nicht sämtliche familienrechtlichen Bindungen beseitigt.<sup>191</sup>

### 1. Namensrecht

Anlässlich der Eheschließung bestehen für die künftigen Ehegatten und deren Nachkommen hinsichtlich der Gestaltung des Nachnamens mehrere Möglichkeiten, die durch das NamRÄG<sup>192</sup> noch erweitert wurden.<sup>193</sup>

Gem § 93 Abs 1 ABGB führen die Ehegatten grundsätzlich den gleichen Familiennamen. Vor oder bei der Eheschließung haben die künftigen Ehegatten in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde den gemeinsamen Familiennamen zu bestimmen, der entweder jener des Mannes oder jener der Frau sein kann.

Für die Frau eher benachteiligend und mE gleichheitswidrig ist die Bestimmung des § 93 Abs 1 Satz 3 ABGB, der mangels einer Vereinbarung zwischen den Ehegatten den Nachnamen des Mannes als gemeinsamen Familiennamen festlegt.<sup>194</sup>

Nach meinem Dafürhalten sollte bei Uneinigkeit der Ehegatten vielmehr der von den Ehegatten jeweils bisher geführte Nachname beibehalten werden. Freilich müsste für gemeinsame Kinder hinsichtlich des Nachnamens eine Lösung gefunden werden, was bei Meinungsverschiedenheit der Ehegatten durchaus problematisch sein wird. Aus traditioneller Sicht wäre naturgemäß wiederum der Nachname des Ehegatten als Familienname der Kinder nahe liegend.

Laut Abs 2 *leg cit* besteht unter anderem für den den Familiennamen des Ehegatten annehmenden Teil die Möglichkeit, den nunmehr gemeinsamen Familiennamen seinem bisherigen Nachnamen unter Setzung eines Bindestrichs zwischen den beiden Namen

---

<sup>186</sup> BGBl I 2004/128, Gesetz vom 1. August 1895 über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm), im Folgenden JN.

<sup>187</sup> BGBl I 2003/111, Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz), im Folgenden AußStrG.

<sup>188</sup> *Koziol/Welser*, Band I 496; *Schwimmann/Weitzenböck* in *Schwimmann*, ABGB § 46 EheG Rz 2.

<sup>189</sup> §§ 44 ff ABGB; etwa Ehegemeinschaft, Namensrecht, Treue, gemeinsames Wohnen, Unterhaltsanspruch.

<sup>190</sup> *Schwimmann/Weitzenböck* in *Schwimmann*, ABGB § 46 EheG Rz 1.

<sup>191</sup> *Koziol/Welser*, Band I 496;

<sup>192</sup> Namensrechtsänderungsgesetz – NamRÄG, 05.01.1995, BGBl 1995/25, im Folgenden NamRÄG.

<sup>193</sup> Siehe auch *Deixler-Hübner*, Scheidung, 204.

<sup>194</sup> *Schwimmann/Ferrari* in *Schwimmann*, ABGB § 93 Rz 1.

voran- oder nachzustellen. Nachkommen dieses Ehegatten erhalten diesfalls jedoch lediglich den gemeinsamen Familiennamen (§ 139 ABGB). Ihnen wird die Führung des Doppelnamens verwehrt.<sup>195</sup>

Als letzte Variante können die Ehegatten erklären ihre bisherigen Familiennamen jeweils beizubehalten. Wie soeben erwähnt muss diesfalls der Familienname der aus der Ehe stammenden Kinder von den Ehegatten bestimmt werden (§ 93 Abs 3 ABGB iVm § 139 Abs 2 ABGB).

Sofern die Eltern zu keiner Einigung gelangen, wird der Familienname des Vaters Nachname des Kindes (§ 139 Abs 3 ABGB).

Im Falle der Scheidung behält gem § 62 EheG die geschiedene Frau den Familiennamen des Mannes. Da diese Regelung aus einer Zeit<sup>196</sup> stammt, in der der Name des Mannes stets Familienname war, regelt sie ausschließlich die Namensführung der Frau.

Gem Art II Z 1 EheRwG<sup>197</sup> gilt jedoch § 62 EheG sinngemäß auch für den geschiedenen Ehegatten, wenn als gemeinsamer Familienname jener der Frau gewählt wurde.<sup>198</sup>

Der durch das NamRÄG eingeführte § 93a ABGB<sup>199</sup> ermöglicht schließlich noch die Annahme eines früheren Familiennamens.<sup>200</sup> Diesen Wunsch hat der geschiedene Ehegatte gegenüber dem Standesbeamten in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde zu erklären.<sup>201</sup>

Die Kinder behalten nach der Scheidung der Eltern den gemeinsamen Familiennamen.<sup>202</sup>

## 2. Obsorge der gemeinsamen Kinder

Unzweifelhaft sind bei Scheidungen oftmals die Kinder Leidtragende der Ablehnung ihrer Eltern füreinander, was sich nicht selten in unschönen Obsorgestreitigkeiten hinsichtlich der Kinder widerspiegelt.

Vor dem KindRÄG 2001<sup>203</sup> war Gesetzeslage, dass die Obsorge hinsichtlich der aus der Ehe stammenden Kinder zwingend einem Elternteil zukam.<sup>204</sup>

---

<sup>195</sup> *Schwimmann/Ferrari in Schwimmann*, ABGB § 93 Rz 4.

<sup>196</sup> 1.08.1938, dRGI. I S 807/1938.

<sup>197</sup> Bundesgesetz vom 1. Juli 1975 über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe – EheRwG, BGBl 1975/412.

<sup>198</sup> *Gruber in Schwimmann*, ABGB § 62 EheG Rz 1; *Koziol/Welser*, Band I 497.

<sup>199</sup> § 93a ABGB: „Eine Person, deren Ehe aufgelöst ist, kann dem Standesbeamten gegenüber in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde erklären, einen früheren Familiennamen wieder anzunehmen. Ein Familienname, der von einem früheren Ehegatten aus einer geschiedenen oder aufgehobenen Ehe abgeleitet wird, darf nur wieder angenommen werden, wenn aus dieser früheren Ehe Nachkommenschaft vorhanden ist.“

<sup>200</sup> *Deixler-Hübner*, Scheidung, 204.

<sup>201</sup> *Schwimmann/Ferrari in Schwimmann*, ABGB § 93a Rz 1 ff.

<sup>202</sup> OGH 1.10.1986, 3 Ob 593/86 = EvBl 1987/7; siehe dazu ausführlich *Zeyringer*, Namensänderung für Kinder geschiedener Ehen, ÖJZ 1987, 267.

<sup>203</sup> Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 – KindRÄG 2001, 29.12.2000 BGBl I 2000/135.

Nunmehr sind beide Kindeseltern weiterhin mit der Obsorge betraut, sofern und so lange hierüber Einigkeit besteht (§ 177 Abs 1 S 1 ABGB),<sup>205</sup> jedoch muss dem Gericht eine Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthaltsort der Kinder vorgelegt werden (Abs 2 leg cit). In dieser Vereinbarung kann allerdings die Obsorge lediglich eines Elternteils, vornämlich jenes, in dessen Haushalt das minderjährige Kind lebt, bestimmt werden.

Kommt es in angemessener Zeit zu keiner gütlichen Einigung hinsichtlich der Obsorge, so entscheidet diesbezüglich das Gericht (§ 177a Abs 1 ABGB).

### **3. Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse**

Sofern die Ehegatten nichts anderes vereinbaren (zB Ehepakete abschließen), besteht von Gesetzes wegen während aufrechter Ehe Gütertrennung.<sup>206</sup> Das bedeutet, jeder Gatte behält das in die Ehe Eingebraachte und wird Alleineigentümer des von ihm Erworbenen (§§ 1233, 1237 ABGB).<sup>207</sup> Auch ist er allein Gläubiger seiner Schuldner, jedoch auch allein Schuldner seiner Gläubiger.<sup>208</sup>

#### **3.1. Anwendungsbereich**

Im Falle der Auflösung der Ehe wird nach dem Prinzip der Güterteilhabe eine Aufteilung des Vermögens vorgenommen.<sup>209</sup>

Dabei ist das Verschulden an der Scheidung, Auflösung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe irrelevant.<sup>210</sup>

Zur Aufteilung kommt es allerdings nur, wenn die Ehegatten diese einvernehmlich vornehmen oder ein Ehegatte den Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellt, andernfalls jeder Teil Eigentümer seines Vermögens bleibt.<sup>211</sup>

---

<sup>204</sup> *Koziol/Welser*, Band I 547; *Deixler-Hübner*, Die Obsorgerechtsregelung nach der Ehescheidung, ÖJZ 1993, 722 mwN.

<sup>205</sup> *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB § 177 Rz 1.

<sup>206</sup> § 1237 ABGB, der besagt, dass ohne vorherige Übereinkunft jeder Ehegatte sein voriges Eigentumsrecht behält; *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 2.

<sup>207</sup> *Hopf/Kathrein*, Kurzkomentar zum Eherecht (2005), Vor § 81 EheG, 369.

<sup>208</sup> *Koziol/Welser*, Band I 478.

<sup>209</sup> *Koziol/Welser*, Band I 504; *Csoklich*, RdW 2000, 402; *Deixler-Hübner*, Die Aufteilung des Ehevermögens nach Billigkeit – oder Die stille Geltung des § 1378 BGB in Österreich, NZ 2002, 257; *Wilhelm*, Die Aufteilung des ehelichen Vermögens nach den §§ 81 ff EheG in der Rechtsprechung, NZ 1986, 145.

<sup>210</sup> *Koziol/Welser*, Band I 504; *Honsell*, Vermögensteilung nach der Scheidung und Billigkeit, in *Harrer/Zitta*, Familie und Recht (1992) 613 (619 f); OGH 30.08.1979, 7 Ob 715/ 79 = JBI 1980, 268.

<sup>211</sup> *Koziol/Welser*, Band I 505.

### 3.2. Das der Aufteilung unterliegende Vermögen

Gem § 81 Abs 1 EheG sind Gegenstand der Aufteilung das eheliche Gebrauchsvermögen und die ehelichen Ersparnisse mit den in § 82 Abs 1 EheG aufgezählten Ausnahmen.<sup>212</sup>

Unter eheliches Gebrauchsvermögen versteht Abs 2 leg cit bewegliche und unbewegliche körperliche Sachen, die während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft dem Gebrauch beider Ehegatten gedient haben; hiezu gehören auch der Hausrat, der im Sinne von § 758 ABGB zu verstehen ist, sodass darunter auch Teppiche, Bilder oder ein Pkw fallen<sup>213</sup> sowie die Ehwohnung.<sup>214</sup>

Eheliche Ersparnisse sind Wertanlagen, gleich welcher Art, die die Ehegatten während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft angesammelt haben und die ihrer Art nach üblicherweise für eine Verwertung bestimmt sind (§ 81 Abs 3 EheG).

Welche Vermögenswerte letztendlich der Aufteilung unterliegen, richtet sich nach dem Zeitpunkt der Aufhebung der Ehe,<sup>215</sup> da Voraussetzung für die Zugehörigkeit einer Sache zum Aufteilungsvermögen ist, dass sie zum Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft zum ehelichen Gebrauchsvermögen oder zu den ehelichen Ersparnissen gehört.<sup>216</sup> Ebenso richtet sich deren Wert nach dem Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft und nicht erst nach dem Zeitpunkt der Auflösung der Ehe, was sich aus der Aufteilung lediglich gemeinsam erworbener Vermögenswerte ergibt.<sup>217</sup>

Nicht maßgebend ist hingegen, in wessen Eigentum das Gebrauchsvermögen und die Ersparnisse stehen, aufgrund welchen Titels die Ehwohnung benützt wird oder welcher der Ehegatten zur Schaffung der Ersparnisse beigetragen hat.<sup>218</sup>

---

<sup>212</sup> *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 1 ff; *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters (2004) 65.

<sup>213</sup> *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 13; § 758 ABGB ist eine erbrechtliche Bestimmung, die unter anderem besagt, dem überlebenden Ehegatten gebühren in der Ehwohnung weiter zu wohnen und die zum ehelichen Hausrat gehörenden beweglichen Sachen, soweit sie zu dessen Fortführung entsprechend den bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich sind.

<sup>214</sup> Unter Ehwohnung ist jener Verband zu verstehen, der der Abwicklung des ehelichen Lebens dient und in dem die Haushaltsführung, Pflege und Erziehung der Kinder gewöhnlich stattfinden: *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 14.

<sup>215</sup> *Koziol/Welser*, Band I 505.

<sup>216</sup> *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 9; vgl *Csoklich*, RdW 2000, 403.

<sup>217</sup> *Koziol/Welser*, Band I 506.

<sup>218</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 289; vgl auch *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 12, wonach eheliches Gebrauchsvermögen auch im Eigentum eines Dritten stehen könne, dadurch aber nicht von der nachehelichen Vermögensauseinandersetzung ausgenommen werde.

Mit dem Begriff „*Wertanlagen*“ werden die ehelichen Ersparnisse sehr weit umschrieben.<sup>219</sup> Erfasst sind davon im Allgemeinen Bargeld, aber auch Sparguthaben, Giro- oder Gehaltskonten, Wertpapiere, Lebensversicherungen, Bausparverträge, Kunstgegenstände, Schmuck und sogar Liegenschaften.<sup>220</sup>

Ob eine Sache eine Wertanlage und damit zu den ehelichen Ersparnissen zählt, richtet sich nicht nach deren Widmung durch die Ehegatten, sondern danach, ob die Sache nach der Verkehrsauffassung zur Verwertung bestimmt ist, wobei unter Verwertung eine durch Erreichen von Erträgen (zB Mietzins bei Vermietung eines Hauses) und nicht nur eine Verwertung der Substanz nach zu verstehen ist.<sup>221</sup>

Vorausschauend können die Ehegatten eine Vereinbarung über die Aufteilung der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Gebrauchsvermögens<sup>222</sup> treffen. Das Gericht kann davon nur abweichen, soweit die Vereinbarung in einer Gesamtbetrachtung des in die Aufteilung einzubeziehenden Vermögens im Zeitpunkt der Aufteilungsentscheidung einen Teil unbillig benachteiligt, sodass ihm die Zuhaltung unzumutbar ist (§ 97 Abs 1 und Abs 2 EheG).

Für die Vereinbarung über die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens genügt die Schriftform, wohingegen die Vereinbarung über die Aufteilung der ehelichen Ersparnisse der Notariatsaktsform bedarf (§ 97 Abs 1 EheG).

### 3.3. Die Ehwohnung

Die Ehwohnung ist jener Verband, der der Abwicklung des ehelichen Lebens dient und in dem die Haushaltsführung, Pflege und Erziehung der Kinder gewöhnlich stattfinden.<sup>223</sup>

Im Zuge des Scheidungsverfahrens kann das Gericht die Übertragung des Eigentums oder eines dinglichen Rechtes von einem Ehegatten auf den anderen anordnen, wenn es dies für notwendig erachtet (§ 87 Abs 1 erster Satz). Dabei nicht entscheidend ist, auf welchem Rechtsverhältnis das gemeinsame Wohnen beruht.<sup>224</sup>

---

<sup>219</sup> *Bernat in Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 16.

<sup>220</sup> OGH 29.11.1984, 7 Ob 515/84 = JBI 1986, 116.

<sup>221</sup> *Bernat in Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 18 f.

<sup>222</sup> Diese Möglichkeit wurde durch das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 – FamRÄG 2009 vom 3.08.2009, BGBl I 2009/75 geschaffen.

<sup>223</sup> *Bernat in Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 14; vgl auch *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>37</sup> II (2009) § 81 EheG E 23.

<sup>224</sup> *Bernat in Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 14.

Seit dem FamRÄG 2009<sup>225</sup> besteht jedoch für die Ehegatten die Möglichkeit, durch Vereinbarung die Übertragung des Eigentums oder eines dinglichen Rechts an der Ehwohnung im Zuge der Aufteilung auszuschließen (§ 87 Abs 1 2. Satz EheG: „*Opting-out-Regelung*“). Denn neu ist die „*Opting-in-Regelung*“ des § 82 Abs 2 EheG, wonach die Ehwohnung, die ein Ehegatte in die Ehe eingebracht oder von Todes wegen erworben oder die ihm ein Dritter geschenkt hat, nur mehr der Aufteilung unterliegt, wenn dies vereinbart wurde.

Es ist somit eine Vorausvereinbarung über die Ehwohnung, die kraft Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechts von einem oder beiden Ehegatten benützt wird, mit verbindlicher Wirkung nunmehr möglich. Das Gericht kann jedoch von einer Vereinbarung über die Nutzung der Ehwohnung unter bestimmten Umständen abweichen, etwa wenn der Ehegatte oder ein gemeinsames Kind seine Lebensbedürfnisse nicht hinreichend decken kann oder eine deutliche Verschlechterung seiner Lebensverhältnisse hinnehmen müsste (§ 97 Abs 3 EheG).

Als Kriterium dafür, wann ein Ehegatte auf die Weiterbenützung der Ehwohnung angewiesen ist, nimmt die Judikatur Existenzbedrohung, etwa durch eine längere Obdachlosigkeit an.<sup>226</sup> Das bloße Fehlen einer Wohnmöglichkeit reicht jedoch hierfür noch nicht aus, vor allem, wenn das Wohnbedürfnis auf andere Weise befriedigt werden kann.<sup>227</sup>

Eine Vereinbarung über die Aufteilung der Ehwohnung bedarf gem § 97 Abs 1 EheG der Form eines Notariatsakts.

### **3.4. Aufteilungsgrundsätze**

#### **3.4.1. Allgemeines**

In § 83 Abs 1 EheG nennt der Gesetzgeber eine Reihe von Grundsätzen, nach denen die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse erfolgen soll. Danach ist die Aufteilung nach Billigkeitserwägungen<sup>228</sup> vorzunehmen, wobei auf Gewicht und Umfang des Beitrags jedes Ehegatten zur Anschaffung des ehelichen Gebrauchsvermögens und zur Ansammlung der ehelichen Ersparnisse<sup>229</sup> sowie auf das Wohl der Kinder<sup>230</sup> Bedacht zu nehmen ist (Abs 1 Satz 2 leg cit).<sup>231</sup>

---

<sup>225</sup> BGBl 2009/75.

<sup>226</sup> Vgl OGH 21.06.2006, 7 Ob 145/06h..

<sup>227</sup> OGH 6.10.1988, 6 Ob 671/88 = EFSIlg 57.346 = EFSIlg 51.745.

<sup>228</sup> *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB § 83 EheG Rz 1.

<sup>229</sup> *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner* (Hrsg), ABGB § 83 EheG E 12a.

<sup>230</sup> *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner* (Hrsg), ABGB § 83 EheG E 21a.

<sup>231</sup> *Koziol/Welser*, Band I 509.

Die österreichische Regelung der nachehelichen Vermögensauseinandersetzung zielt auf den sog *Beitrags- und Lastenausgleichsgedanken*,<sup>232</sup> wobei oberstes Gebot der Aufteilung die Billigkeit ist, an der sich die richterliche Entscheidung von Gesetzeswegen<sup>233</sup> zu orientieren hat.<sup>234</sup>

Dabei soll die Entscheidung des Gerichts im Einzelfall<sup>235</sup> möglichst gerecht sein, eine für beide Ehegatten ausgeglichene Regelung der vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung schaffen, sowie den Eheleuten den Beginn eines neuen Lebensabschnittes erleichtern.<sup>236</sup>

Die Beurteilungsfaktoren, welche der Gesetzgeber als für die Billigkeit maßgeblich erachtet, werden in § 83 Abs 1 Satz 2 EheG lediglich demonstrativ aufgezählt.<sup>237</sup> Danach ist insb berücksichtigungswürdig, in welchem Umfang jeder der Ehegatten zur Ansammlung der in die Verteilungsmasse fallenden Güter beigetragen hat.<sup>238</sup> Auch auf die Interessen gemeinsamer Kinder sind bei der Aufteilung Bedacht zu nehmen, jedoch nur im Hinblick auf die Art der Vermögensaufteilung, insb betreffend die Ehwohnung und die Zuteilung des Hausrats.<sup>239</sup>

Betreffend Schulden, die im Zusammenhang mit dem ehelichen Gebrauchsvermögen stehen, sind diese schon nach § 81 EheG zu berücksichtigen.<sup>240</sup> Sonstige, mit dem ehelichen Lebensaufwand zusammenhängende Schulden werden darüber hinaus von § 83 Abs 1 letzter Satz EheG erfasst und bei der Aufteilung zu beachten.<sup>241</sup>

Hinsichtlich der Zahlung von Kreditverbindlichkeiten, für die beide haften, entscheidet das Gericht nach § 92 EheG oder vereinbaren die Ehegatten (§ 97 Abs 2 EheG), wer im Innenverhältnis selbige zu begleichen hat. Auf Antrag eines Ehegatten hat das Gericht mit Wirkung für den Gläubiger auszusprechen, dass der Ehegatte, der im Innenverhältnis zur Zurückzahlung des Kredits verpflichtet ist, Hauptschuldner, der andere Ehegatte lediglich Ausfallsbürge wird.<sup>242</sup>

---

<sup>232</sup> Hingegen ist etwa in Deutschland oder der Schweiz eine Hälfteteilung des Zugewinns vorzunehmen; siehe *Bernat in Schwimann*, ABGB § 83 EheG Rz 1; vgl auch *Deixler-Hübner*, Scheidung, 125.

<sup>233</sup> § 83 Abs 1 Satz 1 EheG.

<sup>234</sup> *Bernat in Schwimann*, ABGB § 83 EheG Rz 2.

<sup>235</sup> Das Gebot, die Aufteilung nach Billigkeit vorzunehmen, hat die Anpassung der Rechtsfolgen an die besondere Lage des Einzelfalls zum Ziel: so *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner* (Hrsg), ABGB § 83 EheG E 1a.

<sup>236</sup> *Bernat in Schwimann*, ABGB § 83 EheG Rz 2; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner* (Hrsg), ABGB § 83 EheG E 2.

<sup>237</sup> so etwa OGH 22.03.2000, 3 Ob 264/98i.

<sup>238</sup> *Bernat in Schwimann*, ABGB § 83 EheG Rz 3.

<sup>239</sup> *Bernat in Schwimann*, ABGB § 83 EheG Rz 3

<sup>240</sup> *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner* (Hrsg), ABGB § 81 EheG E 41; *Koziol/Welser*, Band I 510.

<sup>241</sup> *Koziol/Welser*, Band I 510.

<sup>242</sup> *Koziol/Welser*, Band I 510.

Um eine für beide Ehepartner gerechte Entscheidung treffen zu können, ist für das Gericht zunächst abzuklären, welcher Ehegatten welchen Beitrag im gemeinsamen Eheleben geleistet hat.

Unter Beitrag iSd Abs 1 leg cit ist nicht nur die Unterhaltsleistung sowie Mitwirkung im Erwerb des anderen Ehegatten zu verstehen. Auch die Führung des gemeinsamen Haushalts, die Pflege und Erziehung der Kinder<sup>243</sup> sowie überhaupt jeder sonstige Beistand sind als Beitrag iSd § 83 Abs 1 EheG zu verstehen (Abs 2 leg cit).

Aber nicht nur aktives Tun, sondern auch passives Verhalten, wie etwa Konsumverzicht wertet die Rspr<sup>244</sup> als Beitrag zur Vermögensbildung im oben beschriebenen Sinn.<sup>245</sup>

Die in § 83 EheG genannten Grundsätze sind nicht nur demonstrativ; sie stehen auch in keiner bestimmten Reihenfolge.<sup>246</sup> Neben diesen Grundsätzen hat die Rspr noch zwei weitere wichtige Grundsätze entwickelt: zum einen den Grundsatz des Wohlbestehenkönnens, zum anderen das Verbot der entschädigungslosen Enteignung.<sup>247</sup> Danach ist zu beachten, dass der zu einer Ausgleichszahlung verpflichtete Ehegatte selbst bei äußerster Anspannung<sup>248</sup> nicht überfordert wird, jedoch der andere Ehegatte sein Eigentum auch nicht ohne jegliche Entschädigung oder lediglich gegen eine unverhältnismäßig geringe Ausgleichsleistung aufgeben muss.<sup>249</sup> Diesfalls wird die Aufteilung – um dem Grundsatz der Billigkeit Rechnung zu tragen – nicht streng rechnerisch nach dem Wert des aufzuteilenden Vermögens, sondern (auch) unter Berücksichtigung der Erfordernisse der zukünftigen Lebensführung der Ehegatten erfolgen.<sup>250</sup>

In diesem Zusammenhang sei noch abschließend auf die in der heutigen Zeit immer seltener, aber doch noch vorkommende „Hausfrauenehe“ hingewiesen, in welcher ein Ehegatte, zumeist – wie die Bezeichnung vorweg nimmt – die Ehefrau sich voll und ganz der Haushaltsführung sowie der Erziehung und Pflege der Kinder widmet, und der Ehegatte Alleinverdiener ist.

---

<sup>243</sup> Darunter ist auch die Obsorge nicht gemeinsamer, von einem Ehegatten stammenden, Kinder zu verstehen; vgl *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 83 EheG Rz 4; *Hopf/Kathrein*, Eherecht § 83 Anm 8.

<sup>244</sup> OGH 27.01.2010, 7 Ob105/09f.

<sup>245</sup> *Deixler-Hübner*, Scheidung, 125 f; *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 83 EheG Rz 5.

<sup>246</sup> *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 83 EheG Rz 2.

<sup>247</sup> *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 83 EheG Rz 4.

<sup>248</sup> *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner* (Hrsg), ABGB § 94 EheG E 8a.

<sup>249</sup> *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 83 EheG Rz 5.

<sup>250</sup> *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 83 EheG Rz 8.

Der Unterhaltsleistung durch einen Ehegatten entspricht regelmäßig die Haushaltsführung und Obsorge für die Kinder durch den anderen Ehegatten, sodass die Leistungen des Mannes jene der Frau aufwiegen.<sup>251</sup> Im Rahmen der Aufteilung nach Billigkeit ist jedoch auch denkbar, dass ein Ehegatte mehr als 50 % des aufzuteilenden Vermögens erhält; bspw, wenn durch die alleinige Erwerbstätigkeit des Ehegatten ein hohes Vermögen geschaffen wurde, wohingegen die Ehegattin (nur) mit der Führung des Haushalts sowie der Obsorge der Kinder beschäftigt war.<sup>252</sup> Auch der umgekehrte Fall ist möglich, in welchem der Ehegatte (lediglich) seiner Erwerbstätigkeit nachgeht, jedoch die Ehegattin allein den Haushalt zu führen und darüber hinaus mehrerer Kinder, uU mit besonderen Bedürfnissen, zu betreuen hat.<sup>253</sup>

### 3.4.2. Gerichtliche Teilung<sup>254</sup>

Grundsätzlich wird der einvernehmlichen Regelung der Aufteilung gegenüber der gerichtlichen Aufteilung der Vozug gegeben.<sup>255</sup> Sofern die Ehegatten jedoch hinsichtlich der Aufteilung des Vermögens keine Einigung erzielen, erfolgt diese auf Antrag im außerstreitigen Verfahren (§ 85 EheG; §§ 93 ff AußStrG).<sup>256</sup> Der Richter entscheidet dann ebenfalls nach den Grundsätzen der Billigkeit, jedoch nur über jene Gegenstände, die vom Antrag erfasst sind.<sup>257</sup>

### 3.5. Das der Aufteilung entzogene Vermögen

Nicht jegliches Vermögen wird in die Aufteilung einbezogen. § 82 EheG ergänzt § 81 EheG durch eine Aufzählung von Sachen, die keinesfalls der Aufteilung unterliegen sollen.<sup>258</sup>

Der Aufteilung unterliegen gem § 82 Abs 1 EheG demnach nicht Sachen, die

1. ein Ehegatte in die Ehe eingebracht, von Todes wegen erworben oder ihm ein Dritter geschenkt hat,
2. dem persönlichen Gebrauch eines Ehegatten allein oder der Ausübung seines Berufs dienen,
3. zu einem Unternehmen gehören oder

<sup>251</sup> stRspr, etwa OGH 21.10.2008, 1 Ob 158/08d, OGH 31.03.2009, 1 Ob 36/09i.

<sup>252</sup> Bernat in Schwimann, ABGB § 83 EheG Rz 12 ff.

<sup>253</sup> Bernat in Schwimann, ABGB § 83 EheG Rz 12 ff.

<sup>254</sup> Der Vollständigkeit halber wird kurz auf § 85 EheG hingewiesen, jedoch unterbleibt im Rahmen dieser Arbeit eine intensivere Auseinandersetzung mit der gerichtlichen Aufteilung, da primär materielles Recht dargestellt werden soll.

<sup>255</sup> Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner (Hrsg), ABGB § 85 EheG E 1a.

<sup>256</sup> Koziol/Welser, Bank I 512.

<sup>257</sup> Bernat in Schwimann, ABGB § 85 EheG Rz 6; für Details siehe §§ 86 - 90 EheG.

<sup>258</sup> Koziol/Welser, Band I 507.

4. Anteile an einem Unternehmen sind, außer es handelt sich um bloße Wertanlagen.

Diese „*Negativliste*“<sup>259</sup> hat jedoch lediglich demonstrativen Charakter, sodass davon nicht erfasste Vermögenswerte aufgeteilt werden, sofern sie unter die Generalklausel des § 81 Abs 2 oder Abs 3 EheG subsumierbar sind.<sup>260</sup>

Sowohl das der Verteilung unterliegende (§ 81 EheG) als auch das von selbiger ausgenommene Vermögen (§ 82 EheG) hat der Gesetzgeber selbständig definiert. Dies kann insofern zu Verwirrungen führen, als ein Vermögenswert, der weder unter § 81 noch unter § 82 leg cit fällt, (auch) nicht aufzuteilen ist.<sup>261</sup>

Die Ausnahme der Unternehmen, Anteile an Unternehmen sowie Sachen, die zu einem Unternehmen gehören vom Aufteilungsverfahren werden zum einen damit begründet, dass deren Einbeziehung den Bestand von Betrieben und damit auch von Arbeitsplätzen gefährden könnte,<sup>262</sup> zum anderen damit, dass diese Werte während aufrechter Ehe dem anderen Ehegatten nur insoweit nützen, als dieser aus deren Ertrag Unterhaltsleistungen erhält.<sup>263</sup>

Zum allgemeinen Unternehmensbegriff und auf die für vorliegende Arbeit interessanten Ausnahmebestimmungen für Unternehmen (§ 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG) wird auf den zweiten Teil dieser Arbeit, Punkt IV. „*Privatstiftung und Scheidung*“, verwiesen.

### **3.6. Ausgleich von Benachteiligungen gem § 91 EheG**

Um der Gefahr einer Vermögensverringerung durch einen Ehegatten im Hinblick auf eine bevorstehende Scheidung oder Auflösung der Ehe zu entgehen, war der Gesetzgeber gefragt, eine diesbezügliche Anordnung zu treffen.

Dies tat er, indem er § 91 EheG schuf, nach welchem der Wert des Fehlenden in die Aufteilung einzubeziehen ist, wenn einer der Ehegatten in den letzten zwei Jahren vor Einbringung der Klage auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitklärung der Ehe ohne ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des anderen Gatten das eheliche Gebrauchsvermögen oder die ehelichen Ersparnisse in einer Weise verringert, die der

---

<sup>259</sup> vgl auch dazu *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB § 82 EheG Rz 1.

<sup>260</sup> *Koziol/Welser*, Band I 507.

<sup>261</sup> *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB § 82 EheG Rz 2.

<sup>262</sup> *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB § 82 EheG Rz 12.

<sup>263</sup> *Koziol/Welser*, Band I 508.

Gestaltung der Lebensverhältnisse der Ehegatten während aufrechter Ehe widerspricht (§ 91 Abs 1 EheG).<sup>264</sup>

Abs 1 *leg cit* will Benachteiligungen eines Ehegatten vorbeugen die dadurch verursacht werden können, dass der andere Ehegatte in einem Zeitraum, in dem sich die Auflösung der Ehe bereits anzukündigen droht, ohne ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Ehepartners, eine unangemessene Verringerung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der eheliche Ersparnisse herbeiführt. Verschulden, tatsächliche Vermögensverschleuderungs- oder Benachteiligungsabsicht ist dabei nicht erforderlich.<sup>265</sup>

Als „Zeitraum“ nimmt der Gesetzgeber eine Frist von zwei Jahren vor Einbringung der Klage auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe, sowie zwei Jahre vor Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft an (§ 91 Abs 1 EheG).

Für den Gesetzgeber schwieriger zu klären war jedoch die Frage, ob die Einbringung ehelichen Vermögens und ehelicher Ersparnisse in ein von der Aufteilung ausgenommenes Unternehmen (§ 82 Abs 1 Z 3 und 4 EheG) ebenfalls unter § 91 Abs 1 subsumiert werden könnte.<sup>266</sup>

Aufgrund der Kritik an der Exemption des Unternehmens aus der Verteilungsmasse wegen möglicher manipulierter oder missbräuchlicher Vermögensverschiebungen, hat der Gesetzgeber mit dem EheRÄG 1999<sup>267</sup> letztendlich § 91 Abs 2<sup>268</sup> neu gefasst.<sup>269</sup>

Nach dieser Norm soll bei Einbringung oder Verwendung von ehelichem Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen in ein bzw. für ein Unternehmen, an dem einem oder beiden Ehegatten ein Anteil zusteht, der Wert des Eingebrauchten oder Verwendeten in die Aufteilung einbezogen werden. Vorteile, die einem Ehegatten durch diese Einbringung oder Verwendung entstanden sind, finden jedoch bei der Aufteilung Berücksichtigung.

### **3.6.1. Der § 91 Abs 1 EheG im Detail**

#### **3.6.1.1. Vermögensverringerung**

§ 91 Abs 1 EheG verlangt eine Verringerung des ehelichen Gebrauchsvermögen oder der ehelichen Ersparnisse durch einen Ehegatten. Als derartige Verringerung wird eine

---

<sup>264</sup> vgl auch *Koziol/Welser*, Band I 514.

<sup>265</sup> *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 91 EheG Rz 1; *Riedmann*, Privatstiftung, 68.

<sup>266</sup> *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 91 EheG Rz 4.

<sup>267</sup> BGBl I 1999/125.

<sup>268</sup> Abs 2 idF vor dem EheRÄG 1999 wurde in Abs 3 des § 91 EheG idgF unverändert aufgenommen.

<sup>269</sup> *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 91 EheG Rz 4; *Hopf/Kathrein*, Eherecht § 91 Anm 7; *Riedmann*, Privatstiftung, 74; *B. Jud*, GesRZ 2007, 289 (293).

besonders aufwendige Lebenserhaltung,<sup>270</sup> die aufwendiger als die bisherige ist, oder die Anschaffung teurer Gegenstände des persönlichen Gebrauchs gesehen.<sup>271</sup>

Darunter fallen nur beabsichtigte Vermögensverringerungen, jedoch kommt es auf ein Verschulden oder eine Benachteiligungs- oder Verschleuderungsabsicht nicht an.<sup>272</sup>

### 3.6.1.2. Widerspruch zur Gestaltung der Lebensverhältnisse

Als weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Abs 1 leg cit muss die Verringerung „*der Gestaltung der Lebensverhältnisse der Ehegatten während der ehelichen Lebensgemeinschaft*“ widersprechen. Es wird daher in diesem Zusammenhang auch von einer „*unangemessenen Verringerung*“ gesprochen.<sup>273</sup>

Die *ehelichen Lebensgemeinschaft* stellt sich als Inbegriff der häuslichen, geistigen, seelisch-körperlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Gemeinsamkeit der Ehegatten dar. Die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist daher anzunehmen, wenn bei einem der Ehepartner der Wille zum ehelichen Zusammenleben endgültig erlöschen ist.<sup>274</sup>

### 3.6.1.3. Fehlende Zustimmung des anderen Ehegatten

§ 91 Abs 1 EheG findet nur Anwendung, wenn die Vermögensverringerung ohne Zustimmung, dh weder ausdrücklich noch stillschweigend gem § 863 Abs 1 ABGB, des andere Ehegatten erfolgt ist.<sup>275</sup>

Eine stillschweigende Zustimmung nach § 863 Abs 1 ABGB kann nur dann angenommen werden, wenn „*der Wille durch solche Handlungen erklärt wird, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.*“<sup>276</sup>

Die Ratio dieser Regelung ist im Zusammenhang mit § 91 Abs 1 EheG dahingehend zu sehen, als § 91 Abs 1 EheG Manipulationen zulasten eines Ehegatten verhindern möchte.

Hat aber der Ehegatte der Vermögensverringerung zugestimmt, liegt die Voraussetzung des Abs 1 leg cit „*ohne Zustimmung des Ehegatten*“ nicht vor und gelangt daher § 91 Abs 1 EheG nicht zur Anwendung.<sup>277</sup>

---

<sup>270</sup> Csoklich, RdW 2000, 402.

<sup>271</sup> Koziol/Welser, Band I 514; Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner (Hrsg), ABGB § 92 EheG E 2.

<sup>272</sup> Bernat in Schwimann, ABGB § 91 Rz 1; Riedmann, Privatstiftung, 68; Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner (Hrsg), ABGB § 91 EheG E 3a.

<sup>273</sup> Bernat in Schwimann, ABGB § 91 Rz 1; Riedmann, Privatstiftung, 68 f;

<sup>274</sup> Bernat in Schwimann, ABGB § 91 Rz 2.

<sup>275</sup> Csoklich, JB 2008, 145; B. Jud, GesRZ 2007, 295; Riedmann, Privatstiftung, 69; N. Arnold, PSG Einl Rz 29; Hopf/Kathrein, Eherecht § 91 Anm 4.

<sup>276</sup> Hopf/Kathrein, Eherecht § 91 Anm 4; Bernat in Schwimann, ABGB § 91 Rz 1; B. Jud, GesRZ 2007, 295; Riedmann, Privatstiftung, 69;

<sup>277</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 295; siehe auch Hopf/Kathrein, Eherecht § 91 Anm 4.

### 3.6.1.4. Berechnung des Beginns der Zwei-Jahres-Frist

Als „Zeitraum“ für die Einbeziehung nimmt der Gesetzgeber eine Frist von zwei Jahren vor Einbringung der Klage auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitklärung der Ehe, sowie zwei Jahre vor Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft an (§ 91 Abs 1 EheG).

Dh der Wert des Fehlenden ist dann in die Aufteilung einzubeziehen, wenn die Vermögensverringerung frühestens zwei Jahre vor Einbringung der Scheidungsklage oder Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft vorgenommen wurde.

Diese zwei Jahre sind von der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft oder, wenn diese bis zuletzt bestand, vom Zeitpunkt der Klagseinbringung auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitklärung der Ehe zurückzurechnen.<sup>278</sup>

### 3.6.2. Der § 91 Abs 2 EheG im Detail

Die Schaffung des Abs 2 des § 91 EheG war insofern notwendig, als es ohne ihn für potentiell Geschiedene ein Leichtes wäre eheliches Gebrauchsvermögen oder Ersparnisse durch Investitionen in ein Unternehmen, die ja von der Aufteilung ausgenommen sind (§ 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG), zu verringern und dadurch die Aufteilungsmasse im Scheidungsfall zu verkleinern.

Für das bessere Verständnis wird der durch das EheRÄG 1999<sup>279</sup> neu eingeführte § 91 Abs 2 EheG nunmehr zitiert wie folgt:

*„Wurde eheliches Gebrauchsvermögen oder wurden eheliche Ersparnisse in ein Unternehmen, an dem einem oder beiden Ehegatten ein Anteil zusteht, eingebracht oder für ein solches Unternehmen sonst verwendet, so ist der Wert des Eingebrachten oder Verwendeten in die Aufteilung einzubeziehen. Bei der Aufteilung ist jedoch zu berücksichtigen, inwieweit jedem Ehegatten durch die Einbringung oder Verwendung Vorteile entstanden sind und inwieweit die eingebrachten oder verwendeten ehelichen Ersparnisse aus den Gewinnen des Unternehmens stammten. Der Bestand des Unternehmens darf durch die Aufteilung nicht gefährdet werden.“*

---

<sup>278</sup> Hopf/Kathrein, Eherecht § 91 Anm 1; Koziol/Welser, Band I 514.

<sup>279</sup> BGBl I 1999/125.

### 3.6.2.1. Unternehmensbegriff

Der Gesetzgeber hat mit dem EheRÄG 1999 am Grundsatz festgehalten, dass Unternehmen, Anteile an Unternehmen oder Sachen, die zu einem Unternehmen gehören gem § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG nicht der Aufteilung im Scheidungsverfahren unterliegen.<sup>280</sup>

Wie bereits weiter oben erwähnt<sup>281</sup> begründen die Rsp<sup>282</sup> und Lehre<sup>283</sup> die Ausnahme der Unternehmen, Anteile an Unternehmen, sowie Sachen, die zu Unternehmen gehören ua mit dem Gedanken der Sicherung vorhandener Arbeitsplätze sowie der Vermeidung des Zerfalls bestehender stabiler Unternehmenstrukutren.

§ 82 EheG enthält jedoch keine Definition des Unternehmensbegriffs. Es ist daher auf die Definition des § 1 Abs 2 KSchG oder des § 1 Abs 2 UGB zurückzugreifen.<sup>284</sup>

Danach ist ein *„Unternehmen jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten immer als Unternehmen.“*<sup>285</sup>

### 3.6.2.2. Einvernehmen mit Ehegatten

Häufig werden im Familienbund Unternehmen gegründet, in denen beide Ehegatten und womöglich in weiterer Folge dann auch Nachkommen mitwirken.

Selbst bei gemeinsamer Unternehmensgründung aus Mitteln des ehelichen Gebrauchsvermögens oder ehelichen Ersparnissen findet § 91 Abs 2 EheG Anwendung. Es kommt daher zu einer entsprechenden Anrechnung im Aufteilungsverfahren - im Gegensatz zu Abs 1 leg cit, der eine Vermögensverringerung ohne Wissen des Ehegatten verlangt – unabhängig von der Zustimmung des Ehegatten zur Vermögenswidmung.<sup>286</sup>

---

<sup>280</sup> *Stabenheiner* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> § 82 EheG Rz 8 f; *Riedmann*, Privatstiftung, 73; *Csoklich*, JB 2008, 151; *Linder*, GesRZ 2007, 10.

<sup>281</sup> Punkt III.B.3.5. *Das der Aufteilung entzogene Vermögen*.

<sup>282</sup> OGH in SZ 57/19 und SZ 68/127.

<sup>283</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 73; *Linder*, GesRZ 2007, 11; *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 82 EheG Rz 12.

<sup>284</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 12; *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 82 EheG Rz 10.

<sup>285</sup> Der OGH hat in seiner jüngsten Entscheidung vom 24.06.2010, 6 Ob 87/10b das Unternehmen wie folgt definiert: *„Unter einem Unternehmen ist eine selbständig organisierte Erwerbsgelegenheit zu verstehen. Es ist ein Inbegriff körperlicher und unkörperlicher Sachen (Rechte); darüber hinaus gehört dazu auch die Organisation der Absatzquellen und Bezugsquellen. Es kommt dabei weder auf die Grösse des Unternehmens noch auf einen erzielten Gewinn an.“*

<sup>286</sup> OGH 8.05.2005, 2 Ob 166/04 g; vgl auch *B. Jud*, GesRZ 2007, 293; *Linder*, GesRZ 2007, 19.

## C. Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten

Die Scheidung bewirkt zwar die Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft, doch schafft sie unter Umständen auch neue Pflichten, wie etwa eine Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem geschiedenen Ehegatten.

Der Vollständigkeit halber und für das bessere Verständnis für den zweiten Teil der Arbeit (Punkt IV.B. *Nachehelicher Unterhalt bei Scheidung des Stifters*) wird nunmehr ein knapper Überblick über den Unterhaltsanspruch nach einer Scheidung geboten.

### 1. Grundsätze des nachehelichen Unterhalts

Eine Scheidung der Ehe wegen Verschuldens gem § 49 EheG hat zur Folge, dass der allein oder überwiegend schuldige Ehegatte dem anderen, soweit dessen Einkünfte aus Vermögen und die Erträge einer von ihm aus den Umständen zu erwartenden Erwerbstätigkeit nicht ausreichen, den nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt zu leisten hat (§ 66 EheG).

Kommt es hingegen zur Scheidung nach § 55 EheG und wird im Urteil das alleinige oder überwiegende Verschulden des Klägers an der Zerrüttung der Ehe ausgesprochen (§ 61 Abs 3 EheG), so gilt für den Unterhaltsanspruch des beklagten Ehegatten auch nach der Scheidung der § 94 ABGB; dh er erhält Unterhalt wie bei aufrechter Ehe (§ 69 Abs 2 EheG).

Der Unterhaltsanspruch gem § 69 Abs 2 EheG ist gegenüber dem Unterhalt nach § 66 EheG insofern privilegiert, als sich der Unterhaltsberechtigte nur tatsächliche Einkünfte „angemessen“ anrechnen lassen muss, nicht jedoch die (fiktiven) Erträge einer zumutbaren Erwerbstätigkeit.<sup>287</sup> Hinsichtlich der Unterhaltsbemessung richten sich jedoch beide Unterhaltsansprüche nach § 94 ABGB.<sup>288</sup>

Zu beachten ist, dass sowohl der Unterhalt nach § 66 EheG als auch der Unterhalt nach § 69 Abs 2 EheG bei Wiederverhehlung des Unterhaltsberechtigten erlischt (§ 75 EheG). Nach der Rsp<sup>289</sup> ruht der Anspruch bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft<sup>290</sup> für deren Dauer.

---

<sup>287</sup> Zankl in Schwimann, ABGB § 69 EheG Rz 5 mwN.

<sup>288</sup> Stabentheiner in Rummel, ABGB § 66 EheG Rz 4; Hopf/Kathrein, Eherecht § 66 Rz 6.

<sup>289</sup> OGH 16.03.2007, 6 Ob 28/07x = JBI 2007, 516.

<sup>290</sup> Eine allgemein gültige gesetzliche Definition der Lebensgemeinschaft fehlt. Der OGH hat daher Kriterien für das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft entwickelt. Danach versteht man unter einer Lebensgemeinschaft einen eheähnlichen Zustand, der dem typischen Erscheinungsbild des ehelichen Zusammenlebens entspricht. Dabei spielt neben der Eheähnlichkeit und gewissen Dauer das Zusammenspiel der Elemente Wohn-, Wirtschafts- und

## 2. Unterhaltsbemessungsgrundlagen

### 2.1. Einkommen des verpflichteten Ehegatten

Nach stRsp<sup>291</sup> zählen zu dem als Unterhaltsbemessungsgrundlage dienenden Einkommen alle tatsächlich erzielten Einnahmen<sup>292</sup> des Unterhaltspflichtigen in Geld oder geldwerten Leistungen, über die er verfügen kann oder die zumindest seine Bedürfnisse verringern, wie etwa freiwillige Drittleistungen, Renten oder sonstige Sozialleistungen, insbesondere aber sein tatsächliches Nettoeinkommen<sup>293</sup> Ausgenommen sind nur solche Einnahmen, die der Abgeltung von effektiven Auslagen dienen. Zahlungen zu Zwecken der Vermögensbildung schmälern die Bemessungsgrundlage grundsätzlich nicht. Einen Abzugsposten bilden im Allgemeinen nur solche tatsächlichen Aufwendungen, die der Sicherung des Einkommens bzw der Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Unterhaltspflichtigen dienen.<sup>294</sup>

Die Unterhaltsbemessung selbst erfolgt „*stufenweise*“ unter Berücksichtigung zweier Komponenten: es ist der Bedarf des Berechtigten festzustellen, sowie die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten, da dieser durch die Unterhaltsleistung seinen eigenen Unterhalt nicht gefährden muss.<sup>295</sup> Anderweitige Unterhaltspflichten, zB gegenüber minderjährigen Kindern oder einem neuen Ehepartner werden berücksichtigt und verringern daher die Höhe des Unterhaltsbetrages.<sup>296</sup>

### 2.2. Potentielle Leistungsfähigkeit („Anspannungsgrundsatz“)

Das Gesetz stellt nicht allein auf das tatsächliche Einkommen des Verpflichteten ab, sondern vielmehr auf seine potentielle Leistungsfähigkeit (arg § 94 Abs 1 ABGB: „*nach ihren Kräften*“), daher auf das bei entsprechender Kräfteanspannung erzielbare Einkommen.<sup>297</sup>

Dieser sog „*Anspannungsgrundsatz*“<sup>298</sup> wird jedoch insofern eingeschränkt, als er nur für jene Fälle gilt, in denen das tatsächliche Einkommen deutlich unter dem erzielbaren liegt. Hinzu kommt, dass die Praxis den Anspannungsgrundsatz nur als Art Missbrauchsvorbehalt dort einsetzt, wo schuldhaft die zumutbare Erzielung deutlich höherer Einkünfte versäumt

---

Geschlechtsgemeinschaft eine Rolle, wobei anerkannt ist, dass nicht stets alle drei Merkmale vorhanden sein müssen. Wesentlich ist das aus der seelischen Gemeinschaft resultierende Zusammengehörigkeitsgefühl: siehe OGH 22.10.2009, 3 Ob 186/09 p.

<sup>291</sup> Vgl OGH 18.08.2010, 8 Ob 75/10b.

<sup>292</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> (2008), Rz 81; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB § 94 Rz 42 f.

<sup>293</sup> Vgl *Csoklich*, RdW 2000, 402.

<sup>294</sup> IdS sind verpflichtende Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung aus der Unterhaltsbemessungsgrundlage auszuschneiden: vgl OGH 18.08.2010, 8 Ob 75/10b.

<sup>295</sup> *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 66 EheG Rz 10.

<sup>296</sup> Siehe dazu unten Punkt III.C.2.5. *Höhe des Unterhaltsanspruchs*.

<sup>297</sup> *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB § 94 Rz 36.

<sup>298</sup> Der Unterhaltspflichtige ist auf das erzielbare Einkommen anzuspannen; vgl OGH 21.05.1997, 3 Ob 89/97b = JBI 1997, 647; *Gitschthaler*, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht – 20 Jahre später, ÖJZ 1996, 553 (554).

wird, um sich einer (erhöhten) Unterhaltspflicht zu entziehen oder – im umgekehrten Fall – einen (erhöhten) Unterhaltsanspruch zu gewinnen. Schädigungsabsicht wird dabei nicht vorausgesetzt.<sup>299</sup> Sobald die Deckung des „*angemessenen*“ Unterhalts erreicht ist, bleibt ein darüber hinaus erzielbares Einkommen jedoch unerheblich, sodass der Verpflichtete seine Kräfte nicht überstrapazieren muss.<sup>300</sup>

### 2.3. Angemessenheit des Unterhalts

Unter dem „*angemessenen Unterhalt*“ versteht das Gesetz jenen Unterhalt der Ehegatten, der die „*ihren Lebensbedürfnissen angemessenen Bedürfnisse*“ deckt.

„*Angemessen*“ sind alle materiellen Bedürfnisse, die im Rahmen der Lebensverhältnisse über die Existenzerhaltung hinaus ein lebenswertes Dasein ermöglichen.<sup>301</sup>

Grundsätzlich obliegt die Angemessenheit des Unterhalts der richterlichen Würdigung, wobei jedoch zu beachten ist, dass der geschiedene Ehegatte nach § 69 Abs 2 EheG unterhaltsrechtlich so zu stellen ist, „*wie wenn die Ehe nicht geschieden worden wäre*“.<sup>302</sup>

Zudem besteht – anders als beim Kindesunterhalt – keine „*Playboy-*“ oder „*Luxusgrenze*“, wonach eine absolute Obergrenze („*Deckelung*“) der Unterhaltspflicht bestehen würde.<sup>303</sup>

### 2.4. Umstandsklausel

Unterhaltsvereinbarungen sind nach unbestrittener Meinung stets unter der Umstandsklausel, dh vorbehaltlich der Änderung wesentlicher maßgeblicher Umstände zu schließen.<sup>304</sup> Dies gilt sowohl für den Unterhalt bei aufrechter Ehe nach § 94 EheG, als auch für den nachehelichen Unterhalt.<sup>305</sup> Es kann daher bei wesentlicher Änderung anspruchsbegründender Tatsachen der benachteiligte Teil im Klagewege (Änderungsklage) eine gerichtliche Anpassung der Unterhaltspflicht erreichen; demnach der Berechtigte eine Erhöhung, der Verpflichtete eine Herabsetzung oder sogar Einstellung der Unterhaltsleistung.<sup>306</sup> Dadurch kommt es nicht zu einer „*Versteinerung*“ der im Zeitpunkt der

---

<sup>299</sup> OGH 26.06.1991, 2 Ob 532/91 = EFSlg 64.895 = JBI 1997, 173.

<sup>300</sup> *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB § 94 Rz 37.

<sup>301</sup> *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB § 94 Rz 12.

<sup>302</sup> *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 69 EheG Rz 3.

<sup>303</sup> *Deixler-Hübner*, Scheidung, 164; *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 69 EheG Rz 12.

<sup>304</sup> *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB § 94 Rz 6.

<sup>305</sup> *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 66 EheG Rz 42 ff; *ders.*, in *Schwimann*, ABGB § 69 EheG Rz 4.

<sup>306</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>5</sup> (2010) 228.

Scheidung tatsächlich bestehenden Unterhaltssituation, sondern ist der Unterhaltsanspruch Veränderungen nach Maßgabe der jeweiligen Verhältnisse unterworfen.<sup>307</sup>

Dies kann dazu führen, dass ein im Zeitpunkt der Scheidung bestehender Unterhaltsanspruch später wegfällt oder umgekehrt, erst nach der Scheidung entsteht.<sup>308</sup>

Es besteht jedoch die Möglichkeit durch Parteienvereinbarung die Anwendung der Umstandsklausel auszuschließen, sodass die Unterhaltspflicht von allen denkbaren oder von ganz bestimmten Umstandsänderungen unberührt bleiben soll. Wurde daher die Unterhaltsvereinbarung in Erwartung des Eintritts einer bestimmten Änderung der Lebensumstände abgeschlossen, erfolgt trotz dieser spezifischen Änderung keine neue Unterhaltsbemessung und ist daher insoweit die Umstandsklausel ausgeschlossen.<sup>309</sup>

Kommt es aber aufgrund der Änderung zu einem krassen Missverhältnis zwischen der Verpflichtung und der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten oder ist dessen Existenz gefährdet, kann das Bestehen auf den Ausschluss der Umstandsklausel sittenwidrig und daher unwirksam sein.<sup>310</sup>

## 2.5. Höhe des Unterhaltsanspruchs

Aus Praktikabilitäts- und Gleichbehandlungsgründen orientiert sich die Gerichtspraxis im Zweifel, dh bei Vorliegen durchschnittlicher Einkommen und Fehlen besonderer Umstände, an richtlinienartigen Prozentwerten, die für den Einzelfall jedoch nicht bindend sind.<sup>311</sup>

Dem einkommenslosen Unterhaltsberechtigten stehen demnach grundsätzlich 33 Prozent der Bemessungsgrundlage zu.<sup>312</sup> Geht der Unterhaltsberechtigte einer Erwerbstätigkeit nach, so gebühren ihm 40 Prozent des gemeinsamen Familieneinkommens abzüglich seines eigenen Nettoeinkommens.<sup>313</sup> Bestehen auf Seiten des Unterhaltsverpflichteten weitere Sorgfaltspflichten, so werden diese wie folgt berücksichtigt: für Kinder werden je nach Einzelfall zwischen 3 und 4 Prozentpunkten abgezogen, für einen früheren Ehegatten zwischen 0 und 3 Prozent.<sup>314</sup> Es werden daher konkurrierende Unterhaltsansprüche nicht linear durch Abzüge ihrer absoluten Höhe von der Bemessungsgrundlage berücksichtigt, sondern durch Abzüge von Prozentpunkten vom maßgebenden Unterhaltssatz.<sup>315</sup>

---

<sup>307</sup> *B. Jud*, Nachehelicher Unterhalt und Privatstiftung, JB 2008, 159 (164).

<sup>308</sup> *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 69 EheG Rz 4.

<sup>309</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht, 229.

<sup>310</sup> *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht, 229.

<sup>311</sup> *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB § 94 Rz 21.

<sup>312</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht, Rz 686.

<sup>313</sup> Einh Rsp: vgl OGH 26.09.1991, 8 Ob 635/90 = NZ 1992, 151; *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 66 EheG Rz 15; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB § 94 Rz 12, 21 ff mwN.

<sup>314</sup> *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht, Rz 688 ff.

<sup>315</sup> Vgl *B. Jud*, JB 2008, 162.

### 3. Der Unterhaltsberechtignte

Der Unterhaltsanspruch, der als eine Art Nachwirkung der ehelichen Beistandspflicht zu verstehen ist,<sup>316</sup> besteht für den an der Scheidung schuldlosen Ehegatten jedoch nur, sofern die Ehegatten im Zuge des Scheidungsverfahrens keinen wechselseitigen Unterhaltsverzicht abgeben haben.<sup>317</sup>

Trifft beide Ehegatten gleichermaßen ein Verschulden am Scheitern der Ehe, so haben sie gegeneinander prinzipiell keine Unterhaltsansprüche (§ 68 EheG). Dennoch kann dem nicht selbsterhaltungsfähigen Ehegatten zu Lasten des anderen ein Unterhaltsbeitrag zugestanden werden, wenn dies der Billigkeit entspricht. Diesfalls sind jedoch strengere Kriterien als nach § 66 EheG anzulegen.<sup>318</sup>

Der Unterhaltsanspruch besteht demnach bei:

- einvernehmlicher Scheidung gem § 55a EheG nach Vereinbarung,
- Verschuldensscheidungen gem § 49 EheG,
- Scheidung gem §§ 50 – 52 EheG, sowie bei
- Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft gem § 55 EheG.

Gefährdet jedoch der unterhaltspflichtige Teil durch die Zahlungen seinen eigenen Unterhalt, so hat er gem § 67 Abs 1 EheG nur so viel zu leisten, als es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht.

### 4. Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs

#### 4.1. Scheidung wegen Verschuldens gem § 49 EheG

Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten ist im streitigen Verfahren<sup>319</sup> mit einer Unterhaltsklage vor dem örtlich zuständigen Bezirksgericht geltend zu machen.<sup>320</sup>

Im Zuge des Scheidungsverfahrens ist jedoch auch der Abschluss eines Unterhaltsvergleichs möglich, sodass die Unterhaltsansprüche vertraglich geregelt werden (§

---

<sup>316</sup> Zankl in Schwimann, ABGB § 66 EheG Rz 1.

<sup>317</sup> Koziol/Welser, Band I 497.

<sup>318</sup> Koziol/Welser, Band I 498.

<sup>319</sup> Simotta in Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I<sup>2</sup> § 49 JN Rz 15.

<sup>320</sup> Zankl in Schwimann, ABGB § 66 EheG Rz 7.

80 EheG). Bei der einvernehmlichen Scheidung gem § 55a EheG ist dies – wie bereits erwähnt – ohnehin Voraussetzung.<sup>321</sup>

Wie dem Wortlaut des § 66 EheG zu entnehmen ist, muss der Unterhaltsberechtigte einer Erwerbstätigkeit nachgehen, aus der primär seine Bedürfnisse zu befriedigen sind und die von ihm nach den Umständen nach erwartet werden kann (*Anspannungstheorie*).<sup>322</sup>

Denn bei Gefährdung des eigenen Unterhalts entfällt gem § 67 Abs 2 EheG die Unterhaltsverpflichtung zur Gänze, wenn der Unterhaltsberechtigte den Unterhalt aus dem Stamm seines Vermögens bestreiten kann.<sup>323</sup>

Unabhängig vom Verschulden steht jedoch einem Ehegatten, auch wenn dieser überwiegend oder sogar allein schuldig an der Scheidung ist, ein Unterhalt nach dessen Lebensbedarf zu, soweit und solange diesem aufgrund der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes unter Berücksichtigung dessen Wohles nicht zugemutet werden kann, sich selbst zu erhalten (§ 68a Abs 1 EheG), aber auch, wenn sich dieser Ehegatte während der Ehe aufgrund der einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft der Haushaltsführung sowie gegebenenfalls der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes oder der Betreuung eines Angehörigen eines der Ehegatten gewidmet hat (§ 68a Abs 2 EheG).

Die Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung wird bei Abs 1 leg cit vermutet, solange das Kind das fünfte Lebensjahr noch nicht vollendet hat (Satz 2 leg cit), bei Abs 2 leg cit aufgrund mangelnder Erwerbsmöglichkeiten, etwa wegen fehlender beruflicher Aus- oder Fortbildung, der Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft, seines Alters oder seiner Gesundheit.

#### **4.2. Scheidung aus anderen Gründen**

Hier hängt die Unterhaltspflicht grundsätzlich davon ab, ob das Scheidungsurteil einen Schuldausspruch enthält oder nicht. Ist ein Verschulden ausgesprochen, so ist weiter zwischen der Scheidung nach §§ 50 – 52 EheG oder § 55 EheG zu differenzieren.

Lediglich der gem § 68a EheG in zwei Ausnahmefällen zustehende Unterhaltsanspruch nach dem Lebensbedarf wird auch hier unabhängig vom Verschulden zugestanden (§ 69b EheG).<sup>324</sup>

Aufgrund der Seltenheit der Scheidungen nach den §§ 50 – 52 EheG soll der Unterhaltsanspruch nach dieser Scheidung außer Betracht bleiben und wird der Unterhalt bei der in der Praxis häufigen Scheidung nach § 55 EheG beleuchtet.

---

<sup>321</sup> Vgl oben Punkt III.A.4. Scheidung im beiderseitigen Einvernehmen gem § 55a EheG.

<sup>322</sup> Zankl in Schwimann, ABGB § 66 EheG Rz 15.

<sup>323</sup> Koziol/Welser, Band I 498; Stabentheiner in Rummel, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> § 67 EheG Rz 5.

<sup>324</sup> Koziol/Welser, Band I 499.

### 4.3. Scheidung gem § 55 EheG mit Schuldausspruch

Wird die Ehe nach § 55 EheG geschieden und hat der Kläger die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet, so ist dies auf Antrag des Beklagten im Urteil auszusprechen (§ 61 Abs 3 EheG).

Zweck dieser Regelung ist es, den bisher Haushalt führenden und dadurch nicht erwerbstätigen Ehegatten nach der Scheidung abzusichern. Wird im Urteil ein Verschulden ausgesprochen, so gebührt dem beklagten Ehegatten Witwen- oder Witwerpension in voller Höhe, dh nicht begrenzt durch den Unterhalt (§ 69 Abs 2 EheG). Voraussetzung dafür ist, dass die Ehe mindestens fünfzehn Jahre gedauert und der Unterhaltsberechtigte bei Rechtskraft des Scheidungsurteils das vierzigste Lebensjahr erreicht hat.<sup>325</sup>

Wurde das vierzigste Lebensjahr vom Unterhaltsberechtigten noch nicht vollendet, besteht dennoch ein Pensionsanspruch, wenn der Berechtigte seit Eintritt der Rechtskraft erwerbsunfähig war oder ein gemeinsames Kind Anspruch auf Waisenpension hat (§ 264 Abs 10 ASVG<sup>326</sup>).<sup>327</sup>

Aus meiner Sicht ist es daher für den finanziell schlechter gestellten Ehegatten von Vorteil, nicht selbst auf Scheidung zu klagen, sondern die Einbringung der Klage auf Scheidung nach § 55 EheG durch den Partner abzuwarten und dann weiters den Schuldausspruch im Urteil nach § 61 Abs 3 EheG anzuregen.

### 4.4. Scheidung gem § 55 EheG ohne Schuldausspruch

Enthält das Urteil keinen Schuldausspruch, so hat der Ehegatte, der die Scheidung verlangt hat, dem anderen Unterhalt zu gewähren, wenn und soweit dies mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der geschiedenen Ehegatten und der nach § 71 EheG unterhaltspflichtigen Verwandten des Berechtigten der Billigkeit entspricht (§ 69 Abs 3 EheG).

Dieser Unterhaltsanspruch ist sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach von Billigkeitserwägungen abhängig, in dessen Rahmen eben *„die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der geschiedenen Ehegatten und der nach § 71 EheG unterhaltspflichtigen Verwandten des Berechtigten“* zu berücksichtigen sind.

---

<sup>325</sup> Koziol/Welser, Band I 519.

<sup>326</sup> Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, im Folgenden ASVG, BGBl 1999/194.

<sup>327</sup> Koziol/Welser, Band I 519.

Ist also der eigene angemessene Unterhalt des Unterhaltsverpflichteten gefährdet, so können die Verwandten des Berechtigten vor dem Unterhaltsschuldner in Anspruch genommen werden; freilich auch diese nur, wenn ihre Verhältnisse eine Unterhaltsleistung an den Berechtigten gestatten.<sup>328</sup>

Unterhaltspflichten des Verpflichteten gegenüber minderjährigen Kindern oder einem neuen Ehepartner sind bei der Bemessung der Unterhaltshöhe zu berücksichtigen.<sup>329</sup>

#### **4.5. Einvernehmliche Scheidung gem § 55a EheG**

Bei der einvernehmlichen Scheidung ist ua eine Einigung über den Unterhalt Voraussetzung der Scheidung, sodass es hinsichtlich der Unterhaltsgewährung hier keine gesetzliche Regelung gibt.<sup>330</sup>

### **5. Art der Unterhaltsgewährung**

Grundsätzlich ist der Unterhalt nach Scheidung im Gegensatz zu jenem während aufrechter Ehe (§ 94 EheG) nur in Form von Geld, regelmäßig in Form einer monatlich im Voraus zu bezahlenden Rente zu begleichen (§ 70 Abs 1 EheG).

Wenn wichtige Gründe vorliegen kann anstatt einer monatlichen Rente auch eine Abfindung in Kapital begehrt werden, wenn dadurch der Verpflichtete nicht unbillig belastet wird (Abs 2 leg cit).<sup>331</sup>

Für die Vergangenheit kann nach der Rsp<sup>332</sup> auch außerhalb des § 72 EheG ein Unterhaltsanspruch zugesprochen werden, dessen Geltendmachung nur mehr durch die Verjährung<sup>333</sup> beschränkt ist.<sup>334</sup> § 72 EheG ist somit insofern eng gefasst, als dieser dem Berechtigten die Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung erst von der Zeit an fordern lässt, in der der Unterhaltspflichtige in Verzug geraten oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist.<sup>335</sup>

### **6. Begrenzung und Wegfall des Anspruchs**

Ein Unterhaltsberechtigter, der wegen sittlichen Verschuldens bedürftig ist, kann nur den notdürftigen Unterhalt fordern (§ 73 Abs 1 EheG). Hat der Unterhaltsberechtigte einen

---

<sup>328</sup> Zankl in *Schwimann*, ABGB § 69 EheG Rz 18.

<sup>329</sup> Vgl auch *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht, Rz 688 f.

<sup>330</sup> *Koziol/Welser*, Band I 501; *Schwimann/Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB § 55a EheG Rz 16.

<sup>331</sup> *Koziol/Welser*, Band I 502; *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 70 EheG Rz 1 ff.

<sup>332</sup> OGH 9.06.1988, 6 Ob 544/87 (verst Senat) = JBI 1988, 586; *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 72 EheG Rz 1.

<sup>333</sup> Siehe § 1480 ABGB: 3 Jahre; der Unterhaltsanspruch an sich ist jedoch unverjährbar: OGH 2.11.1976, 5 Ob 695/76 = SZ 49/127.

<sup>334</sup> *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 72 EheG Rz 1.

<sup>335</sup> *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 72 EheG Rz 1; *Koziol/Welser*, Band I 502.

Mehrbedarf durch grobes Verschulden herbeigeführt, so erhöht sich dadurch gem § 73 Abs 2 EheG sein Unterhaltsanspruch nicht.

Unter diesem „*sittlichen Verschulden*“ ist nicht zwingend eine straf- oder zivilrechtliche Haftbarkeit zu verstehen, doch sehr wohl ein Verhalten, das moralisch zu missbilligen und dem Unterhaltsberechtigten subjektiv zurechenbar ist.<sup>336</sup>

Macht sich der Unterhaltsberechtigte jedoch gegenüber dem Unterhaltsschuldner einer „*schweren Verfehlung*“ schuldig oder führt er gegen dessen Willen einen „*ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel*“, kommt es gem § 74 EheG zum Verwirken des Unterhaltsanspruchs.<sup>337</sup>

Bei Eingehen einer neuen Lebensgemeinschaft tritt nach stRsp<sup>338</sup> Ruhen des Unterhaltsanspruchs ein und zwar solange, als der Berechtigte in außerehelicher Lebensgemeinschaft mit einem anderen Partner lebt. Das Ruhen kann jedoch vertraglich ausgeschlossen werden.<sup>339</sup> Nach Beendigung der Lebensgemeinschaft lebt der Anspruch allerdings nicht automatisch wieder auf, sondern erst durch seine Geltendmachung.<sup>340</sup>

Im Fall der Wiederverheiratung des Unterhaltsberechtigten tritt nicht Ruhen des Unterhaltsanspruchs ein, sondern selbiger erlischt zur Gänze (§ 75 EheG), da der nach der Scheidung gebührende gesetzliche Unterhalt lediglich die Zeit bis zu einer Wiederverheiratung oder Eingehen einer Lebensgemeinschaft überbrücken soll.<sup>341</sup>

Letztendlich ist der Unterhaltsanspruch ein höchstpersönliches Recht des Berechtigten, sodass dieses mit dem Tod des Berechtigten erlischt (§ 77 EheG). Stirbt hingegen der Verpflichtete, so geht die Unterhaltsverpflichtung als Verbindlichkeit in den Nachlass und anschließend auf die Erben über (§ 78 EheG).<sup>342</sup>

#### IV. Privatstiftung und Scheidung

Im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit folgt nunmehr die eigentliche wissenschaftliche Untersuchung. Es ist zu klären, wie es sich mit der Aufteilung des ehelichen Vermögens sowie mit etwaigen Unterhaltsansprüchen im Zuge der Scheidung des

---

<sup>336</sup> Zankl in Schwimann, ABGB § 73 EheG Rz 3.

<sup>337</sup> Weiterführend siehe Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht, 225 ff.

<sup>338</sup> OGH 24.04.1991, 1 Ob 5/91 = JBI 1991, 586; OGH 24.09.2002, 4 Ob 204/02g; OGH 19.02.2004, 6 Ob 298/03x.

<sup>339</sup> Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht, 227; Zankl in Schwimann, ABGB § 75 EheG Rz 7; Koziol/Welser, Band I 503; Meissel, Zum Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft, EZ-Z 2007/126.

<sup>340</sup> OGH 30.01.1991, 3 Ob 115,116/90 = JBI 1991, 589; Hopf/Kathrein, Eherecht, § 66 Anm 19 und 22.

<sup>341</sup> Zankl in Schwimann, ABGB § 75 EheG Rz 1; Koziol/Welser, Band I 503;

<sup>342</sup> Koziol/Welser, Band I 503; Zankl in Schwimann, ABGB § 77 EheG Rz 1 und § 78 EheG Rz 1.

Stifters verhält, da die Privatstiftung vom Verpflichteten als Instrument eingesetzt werden könnte, um die verteilungsfähige Masse im Falle der Scheidung zu verringern.

Die Autorin untersucht, welche Vermögenswerte bei der Aufteilung nach den §§ 81 ff EheG Berücksichtigung finden und wie diese zu bewerten sind, sowie die Geltendmachung des Unterhaltsanspruches durch den berechtigten Ehegatten.

## **A. Aufteilung bei Scheidung des Stifters**

### **1. Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens sowie der ehelichen Ersparnisse**

Wie schon unter Punkt III.B.3.4. *Aufteilungsgrundsätze* erläutert erfolgt die Aufteilung des ehelichen Vermögens und der Ersparnisse nach den Grundsätzen der Billigkeit, wobei auf den Beitrag eines jeden Ehegatten zur Anschaffung des gemeinsamen Vermögens Rücksicht zu nehmen ist (§ 83 Abs 1 Satz 2 EheG).

Sofern keine andere Vereinbarung getroffen wurde besteht bekannterweise während aufrechter Ehe hingegen Gütertrennung, sodass jeder Ehegatte über sein Vermögen völlig frei verfügen kann (§ 1237 ABGB). Die Aufteilung des Vermögens nach Billigkeitserwägungen erfolgt ja erst bei Auflösung der Ehe (vgl § 83 Abs 1 EheG).<sup>343</sup>

Nunmehr könnte es anlässlich der Aufteilung im Scheidungsverfahren zu unangenehmen Überraschungen kommen, wenn einer der Ehegatten erkennen muss, dass sich sein Partner eines Großteils seines Vermögens „*entledigt*“ und somit der Aufteilung entzogen hat, indem er selbiges zB Dritten widmet.

In diesem Zusammenhang musste der Gesetzgeber klären, ob die Einbringung ehelichen Vermögens und ehelicher Ersparnisse in ein von der Aufteilung ausgenommenes Unternehmen (§ 82 Abs 1 Z 3 und 4 EheG) zu berücksichtigen ist, bejahendenfalls nach § 91 Abs 1 oder Abs 2 leg cit.<sup>344</sup>

### **2. Berücksichtigung der Privatstiftung bei der Aufteilung**

Wie bereits oben unter Punkt III.B.3.2. *Das der Aufteilung unterliegende Vermögen* erwähnt, sind Gegenstand der Aufteilung das eheliche Gebrauchsvermögen und die ehelichen Ersparnisse mit den in § 82 Abs 1 EheG genannten Ausnahmen (§ 81 EheG).<sup>345</sup>

---

<sup>343</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 289; vgl dazu auch oben Punkt III.B.3.1. *Anwendungsbereich*.

<sup>344</sup> Bernat in Schwimann, ABGB § 91 EheG Rz 4.

<sup>345</sup> Bernat in Schwimann, ABGB § 81 EheG Rz 13; Riedmann, Privatstiftung, 65; B. Jud, GesRZ 2007, 289.

Es drängt sich daher die Frage auf, wie Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung zu behandeln sind: werden sie im Aufteilungsverfahren bei Scheidung des Stifters berücksichtigt? Wenn ja, unter Anwendung welcher Normen? Verneinendenfalls, wieso nicht?

Die Ausführungen auf den folgenden Seiten liefern die Antwort.

## 2.1. Grundlagen und Problematik

Nach dem allgemeinen Rechtsempfinden wird wohl selbst der juristische Laie eine Ungleichbehandlung der Eheleute darin erkennen, dass einer der Ehegatten Teile des ehelichen Gebrauchsvermögens oder der ehelichen Ersparnisse in eine Privatstiftung einbringt und dadurch seinen Ehepartner bei der Aufteilung im Scheidungsverfahren benachteiligt.

Es ist daher nach hL unstrittig, dass ein Stifter durch Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung, etwa anlässlich deren Errichtung oder auch durch späteres Nachstiften, keinesfalls sein Vermögen an seinen Gläubigern oder Verwandten, denen familien- oder erbrechtliche Ansprüche<sup>346</sup> zustehen, „vorbeischleusen“ kann.<sup>347</sup>

## 2.2. Einbeziehung von Stifterrechten in das Aufteilungsverfahren?

Zu prüfen ist ebenfalls, ob in die Aufteilung Stifterrechte, wie etwa ein Widerrufs- oder Änderungsrecht zugunsten des Stifters, einbezogen werden sollen, da diese einen gewissen Vermögenswert darstellen und möglicherweise für Gläubiger des Stifters von Bedeutung sein könnten.

### 2.2.1. Literatur und Judikatur

Der OGH<sup>348</sup> hat in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2006 die Pfändbarkeit eines dem Stifter vorbehaltenen Änderungs- oder Widerrufsrechts nach §§ 331 ff EO<sup>349</sup> durch Gläubiger des Stifters ausgesprochen. Danach stelle ein Widerrufsvorbehalt des Stifters

---

<sup>346</sup> § 785 Abs 3 ABGB ist analog auf Zuwendungen an Stiftungen anzuwenden: *Hochedlinger*, 10 Jahre Privatstiftungsgesetz: gelöste und ungelöste Fragen, GeS 2003, 472 (477); *ders*, „Einbringung“ von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung, SWK 22004, W 179 (W 180); *Riedmann*, Privatstiftung, 38 ff; vgl auch *Schauer*, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, HBzPSG, 107 ff.

<sup>347</sup> *B. Jud.*, GesRZ 2007, 290; *Csoklich*, RdW 2000, 404; *N. Arnold*, PSG Einl Rz 27 ff; OGH 23.11.2000, 2 Ob 295/00x in EFSlg 91.858 = EFSlg 91.859 = EFSlg 91.862 = RZ-EÜ 2001/25.

<sup>348</sup> OGH 26.04.2006, 3 Ob 16/06h = JBI 2007, 106; vgl auch OGH 26.04.2006, 3 Ob 217/05s; RS0120753; siehe auch *Hochedlinger*, RdW 2006, 485; *Limberg*, Die Privatstiftung im Zivilrecht, *ecolex* 2008, 724; *Mager*, Die Pfändbarkeit des Änderungsrechts: Eine kritische Würdigung, JB 2008, 173 (insb 183 ff).

<sup>349</sup> Zweck der §§ 331 ff EO ist es im Interesse des Schutzes der Gläubiger möglichst alle vermögenswerten Rechte zur Befriedigung der Gläubiger heranzuziehen.

einen Vermögenswert dar, der der Pfändung zugänglich sei und dem § 3 Abs 3 PSG<sup>350</sup> nicht entgegenstehe. Gläubiger des Stifters werden demnach vom Gericht dazu ermächtigt, eine Änderung der Stiftungserklärung bzw einen Widerruf namens des Stifters zu erklären.<sup>351</sup>

Grundsätzlich handelt es sich gem § 3 Abs 3 PSG bei den Stifterrechten, die Privatstiftung zu gestalten, um höchstpersönliche Rechte des Stifters<sup>352</sup> und gehen diese daher nicht auf dessen Rechtsnachfolger über. Diese Rechtsnorm stellt zwingendes Recht dar.<sup>353</sup> Damit soll dem Wesen der Privatstiftung entsprochen werden, das unterlaufen würde, könnten anderer Personen als der Stifter – auch wenn es sich um Rechtsnachfolger handelt – gestaltend auf die Privatstiftung einwirken.<sup>354</sup>

Bei den unter § 3 Abs 3 PSG fallenden „Gestaltungsrechten“<sup>355</sup> handelt es sich um die Rechte des Stifters auf

- Ausgestaltung der Stiftungserklärung,
- Änderung und Widerruf der Stiftungserklärung vor Entstehen der Privatstiftung (§ 33 Abs 1 1. Halbsatz PSG),
- (soweit vorbehalten) Änderung der Stiftungserklärung nach Entstehen der Privatstiftung (§ 33 Abs 2 PSG),
- (bei natürlichen Personen – soweit vorbehalten) Widerruf der Privatstiftung (§ 34 PSG) und
- (soweit vorbehalten) nachträgliche Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde.

Aufgrund der Höchstpersönlichkeit dieser Gestaltungsrechte schließt zumindest *B. Jud*<sup>356</sup> - entgegen den zitierten Entscheidungen des Höchstgerichts - die Einbeziehung eines Widerrufs- oder Änderungsrechts des Stifters in die Aufteilung nach §§ 81 ff EheG aus.

Die Gestaltungsrechte des Stifters seien höchstpersönliche Rechte, die zwar durch gesetzliche<sup>357</sup> oder gewillkürte Vertreter ausgeübt werden könnten, aber als solche einer Übertragung nicht zugänglich seien. Diese Höchstpersönlichkeit stünde einem Verständnis der Änderungs- und Widerrufsrechte als eheliches Gebrauchsvermögen oder als eheliche Ersparnisse entgegen, weshalb *B. Jud* zu erwähntem Ergebnis gelangt.

<sup>350</sup> § 3 Abs 3 PSG: „Rechte des Stifters, die Privatstiftung zu gestalten, gehen nicht auf die Rechtsnachfolger über.“

<sup>351</sup> OGH 26.04.2006, 3 Ob 16/06/h = JBI 2007, 106; OGH 26.04.2006, 3 Ob 217/05s; *N. Arnold*, PSG § 33 Rz 74; *ders.*, PSG § 34 Rz 16;

*B. Jud*, GesRZ 2007, 291; *Csoklich*, Aufteilungsanspruch bei Scheidung des Stifters, JB 2008, 139 (143 ); *Hochedlinger*, RdW 2006, 486.

<sup>352</sup> *Pittl*, NZ 1999, 198.

<sup>353</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 43.

<sup>354</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 291 f; *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 43; Erl RV PSG 1132 BlgNR 18. GP, 21.

<sup>355</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 40.

<sup>356</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 292.

<sup>357</sup> Vgl auch *Ofner*, Widerruf einer Privatstiftung durch den Sachwalter, NZ 2001, 270 (271).

Auch *Csoklich*<sup>358</sup> schließt die Einbeziehung der Gestaltungsrechte des Stifters im Aufteilungsverfahren aus und übt Kritik an den oben zitierten Entscheidungen des OGH, dahingehend, als er dessen Argumentation hinsichtlich der Lösung des Problems der Höchstpersönlichkeit der Stifterrechte nicht nachempfinden kann.

Die dem Stifter vorbehaltenen Gestaltungsrechte, wie etwa das Widerrufs- oder Änderungsrecht, könnten nach *Csoklich* tatsächlich vermögenswerte Rechte darstellen, sofern sie demjenigen, der das Recht ausübt, die Einräumung eines vermögenswerten Anspruchs zugunsten einer bestimmten Person, aber auch sich selbst, ermöglichen.

Da die §§ 331 ff EO den Zweck haben, zum Schutz der Gläubiger sämtliche vermögenswerten Rechte zur Befriedigung der Gläubiger heranzuziehen, daher auch solche Gestaltungsrechte, deren Ausübung erst einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Anspruch begründen, habe der OGH die Pfändbarkeit von Stifterrechten gem den §§ 331 ff EO grundsätzlich bejaht. Das Problem der Höchstpersönlichkeit der Stifterrechte habe der OGH nunmehr mit der (für *Csoklich* fragwürdigen) Ansicht gelöst, dass der betreibende Gläubiger die Stifterrechte zur Ausübung überwiesen erhalte und diese Stifterrechte in weiterer Folge als (gesetzlicher Zwangs-) Vertreter des Stifters ausübe.<sup>359</sup>

*Csoklich* gibt jedoch zu bedenken, dass sich das Aufteilungsverfahren nur auf jene Vermögenswerte beziehe, die im Zeitpunkt der Scheidung bzw Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft vorhanden waren. Der andere Ehegatte würde durch die Aufteilungsregeln gerade nicht die Möglichkeit erhalten, anstelle seines Partners dessen Rechte auszuüben und damit aufzuteilende Vermögenswerte zu kreieren.<sup>360</sup>

Die Folge einer Berücksichtigung der Gesamtheit der Stifterrechte im Aufteilungsverfahren wäre, dass der Stifter die Stifterrechte in einem bestimmten Sinne auszuüben hätte: ein derartiger Zwang sei jedoch nicht mit der in § 3 PSG verankerten Höchstpersönlichkeit und Nichtübertragbarkeit der Stifterrechte vereinbar. Zudem könnten Vermögenswerte, die durch Ausübung der Stifterrechte entstehen, erst *nach* Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft in das Vermögen des Stifters gelangen: zu diesem Zeitpunkt erlangte Vermögenswerte seien jedoch nicht mehr im Aufteilungsverfahren zu berücksichtigen, sodass *Csoklich* zu der Conclusio gelangt, dass Stifterrechte nicht in die Aufteilung einbezogen werden können.

Anderer Auffassung ist *N. Arnold*.<sup>361</sup> Dieser differenziert bei den Stifterrechten zwischen den Begriffen „übertragbar“ und „vertretungsfeindlich“. Unstrittig gehen Stifterrechte ex lege nicht auf Rechtsnachfolger über. Insofern seien diese Rechte von

---

<sup>358</sup> *Csoklich*, JB 2008, 143 f.

<sup>359</sup> *Csoklich*, JB 2008, 144.

<sup>360</sup> *Csoklich*, JB 2008, 144.

<sup>361</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 43 ff.

höchstpersönlicher Natur, was in diesem Zusammenhang lediglich „nicht übertragbar“ bedeute.<sup>362</sup> Da die Ausübung der Gestaltungsrechte des Stifters durch einen Vertreter jedoch möglich ist, seien diese Rechte grundsätzlich „nicht vertretungsfeindlich“,<sup>363</sup> dh einer Vertretung zugänglich.<sup>364</sup>

Er schließt sich somit den Ausführungen des OGH<sup>365</sup> hinsichtlich der Möglichkeit Stifterrechte nach §§ 331 ff EO zu pfänden, an. Lediglich die Verwertung von Vermögensrechten iSd §§ 331 ff EO sei nicht möglich, wenn es sich um höchstpersönliche Rechte handle, sofern diese nicht zumindest ihrer Ausübung nach einer Übertragung zugänglich seien.<sup>366</sup> Da aber – wie bereits erläutert – laut *N. Arnold* die Gestaltungsrechte des Stifters trotz deren Höchstpersönlichkeit und nicht Übertragbarkeit durch Vertreter ausgeübt werden könnten, stünden sie einem exekutiven Zugriff von Gläubigern des Stifters offen<sup>367</sup> und seien daher bei Scheidung des Stifters in die Aufteilungsmasse einzubeziehen.<sup>368</sup>

### 3. Stellungnahme und eigene Ansicht

Obwohl alle Autoren ihre Meinung nachvollziehbar erläutern und begründen, ist mE dennoch der Ansicht von *N. Arnold* der Vorzug zu geben.

Es leuchtet zwar das Argument von *B. Jud*,<sup>369</sup> dass die Rechte des Stifters höchstpersönlicher Natur und somit einer Übertragung nicht zugänglich seien, ein.

Dennoch ist nach meinem Dafürhalten in der Ansicht *N. Arnolds* kein Widerspruch mit dem Gesetz zu sehen. Der Stifter gibt seine Rechte nicht völlig auf, wie dies bei der Übertragung selbiger auf jemand anderen der Fall wäre. Er wird lediglich in deren Ausübung „vertreten“, sei es aus freien Stücken oder auch nicht, wie im Fall einer Exekution. Dies macht keinen Unterschied. Diese Ansicht deckt vielmehr die gesamte Bandbreite der Gestaltungsmöglichkeiten des Stifters ab.

Auch sind die Bedenken *Csoklichs*<sup>370</sup> gegen die Entscheidungen des OGH,<sup>371</sup> wonach die Berücksichtigung der Gesamtheit der Stifterrechte im Aufteilungsverfahren die Ausübung dieser Rechte durch den Stifter auf bestimmte Weise zur Folge hätte und dies nicht mit § 3 PSG in Einklang gebracht werden könne, wie die Argumentation *N. Arnolds* zeigt, unbegründet.

---

<sup>362</sup> *N. Arnold*, PSG § 3 Rz 43.

<sup>363</sup> Vgl auch OGH 11.9.2003, 6 Ob 106/03m = RdW 2004/65; *Mager*, JB 2008, 175.

<sup>364</sup> Vgl auch *N. Arnold*, PSG § 33 Rz 38; *ders*, PSG § 34 Rz 3.

<sup>365</sup> OGH 26.4.2006, 3 Ob 16/06h und 3 Ob 217/05s.

<sup>366</sup> *N. Arnold*, PSG § 33 Rz 74; *ders*, PSG § 34 Rz 16; vgl auch OGH 17.12.1980, 3 Ob 55/80.

<sup>367</sup> *N. Arnold*, PSG § 33 Rz 74; *ders*, PSG § 34 Rz 16.

<sup>368</sup> Anm der Autorin.

<sup>369</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 292.

<sup>370</sup> *Csoklich*, JB 2008, 144.

<sup>371</sup> OGH 26.04.2006, 3 Ob 16/06/h = JBI 2007, 106; OGH 26.04.2006, 3 Ob 217/05s; RS0120753.

## 4. Zwischenergebnis

Es ist somit festzuhalten, dass auch die Gestaltungsrechte des Stifters im Hinblick auf seine Privatstiftung im Aufteilungsverfahren gem §§ 81 ff EheG Berücksichtigung finden.

## 5. Berücksichtigung der Vermögensverringerung nach § 91 Abs 1 oder Abs 2 EheG?

Nachdem nunmehr die Frage des einzubeziehenden Vermögens im Aufteilungsverfahren geklärt ist, heißt es nun herauszufinden, aufgrund welcher Norm eine Vermögenswidmung an eine Privatstiftung Berücksichtigung findet, da im Eherecht eine dem § 951 ABGB<sup>372</sup> entsprechende Bestimmung fehlt.<sup>373</sup>

### 5.1. Grundlagen und Problematik

Nach hA<sup>374</sup> können das eheliche Gebrauchsvermögen und die ehelichen Ersparnissen durch Widmung an eine Privatstiftung nicht verringert werden.

Hat daher ein Ehegatte eheliches Gebrauchsvermögen oder eheliche Ersparnisse durch Einbringung in eine Privatstiftung geschmälert, so soll der Wert des Fehlenden bei Vorliegen der Voraussetzungen gem § 91 Abs 1 EheG im Aufteilungsverfahren berücksichtigt werden.<sup>375</sup>

### 5.2. Anwendung des § 91 Abs 1 EheG auf Privatstiftungen?

#### 5.2.1. Vermögensverringerung

Wie bereits oben erläutert<sup>376</sup> verlangt § 91 Abs 1 EheG eine Verringerung des ehelichen Gebrauchsvermögen oder der ehelichen Ersparnisse durch einen Ehegatten, wobei eine derartige Verringerung in einer besonders aufwendigen Lebenserhaltung, die aufwendiger als die bisherige ist, gesehen wird.

---

<sup>372</sup> Abs 1 leg cit besagt: *„Wenn bei Bestimmung des Pflichtteiles Schenkungen in Anschlag gebracht werden (§ 785) der Nachlass aber zu dessen Deckung nicht ausreicht, kann der verkürzte Noterbe vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zur Deckung des Fehlbetrages verlangen. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden.“* [...]

<sup>373</sup> Vgl B. Jud, GesRZ 2007, 292; N. Arnold, PSG Einl Rz 29.

<sup>374</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 291; N. Arnold, PSG Einl Rz 29; Linder, GesRZ 2007, 20; Hochedlinger, „Einbringung“ von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung, SWK 2004, W 181; Csoklich, RdW 2000, 402; ders, JB 2008, 145; Pittl, NZ 2000, 257; Riedmann, Privatstiftung, 67 ff (72).

<sup>375</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 291.

<sup>376</sup> siehe oben unter III.B.3.6.1. *Der § 91 Abs 1 EheG im Detail.*

Darunter fallen nur beabsichtigte Vermögensverringerungen, jedoch kommt es auf ein Verschulden oder eine Benachteiligungs- oder Verschleuderungsabsicht nicht an.<sup>377</sup>

### 5.2.2. Widerspruch zur Gestaltung der Lebensverhältnisse

Da die *eheliche Lebensgemeinschaft* als Inbegriff der häuslichen, geistigen, seelisch-körperlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Gemeinsamkeit der Ehegatten zu sehen ist, wird wohl die einseitige Errichtung einer Privatstiftung im Zweifel als mit der bisherigen Gestaltung der Lebensverhältnisse im Widerspruch stehend anzusehen sein, weil es sich um keinen alltäglichen Vorgang handelt.<sup>378</sup>

### 5.2.3. Fehlende Zustimmung des anderen Ehegatten

§ 91 Abs 1 EheG findet nur Anwendung, wenn die Vermögensverringerung ohne Zustimmung, dh weder ausdrücklich noch stillschweigend gem § 863 Abs 1 ABGB, des andere Ehegatten erfolgt ist.<sup>379</sup>

In gegebenem Zusammenhang ist zu beachten, dass hier die Zustimmung nicht zu der Errichtung einer Privatstiftung gegeben wird, sondern zur Vermögensverringerung.<sup>380</sup> An dieser Stelle ist in Erinnerung zu rufen, dass die Stifterstellung bei Gründung der Stiftung durch mehrere Stifter auch ohne Vermögenswidmung durch einen Stifter erlangt werden kann. Es muss daher der Ehegatte damit einverstanden sein, dass ein bestimmter Vermögenswert endgültig aus dem ehelichen Gebrauchsvermögen oder den ehelichen Ersparnissen ausscheidet. Dies ist dann der Fall, wenn sich der Stifter keinerlei Einflussmöglichkeiten hinsichtlich der Privatstiftung vorbehalten hat.

Das heißt allerdings auch weiters: nur wenn mit der Errichtung der Privatstiftung ein Vermögensopfer erbracht wird und der andere Ehegatte diesem zustimmt, scheidet das gestiftete Vermögen aus der Aufteilung aus.<sup>381</sup>

Die Berufung auf die vorliegende Zustimmung des anderen Ehegatten könne jedoch nach *Riedmann*<sup>382</sup> rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Stifter offensichtlich mit bestimmten Absichten handelte. Diesfalls käme eine Anwendung des § 91 Abs 1 EheG nicht in Betracht.

---

<sup>377</sup> *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB § 91 Rz 1; *Riedmann*, Privatstiftung, 68; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner* (Hrsg), ABGB § 91 EheG E 3a.

<sup>378</sup> *Csoklich*, RdW 2000, 403; *ders*, JB 2008, 145; *B. Jud*, GesRZ 2007, 295; *Riedmann*, Privatstiftung, 69; *Hochedlinger*, SWK 2004, W 182.

<sup>379</sup> *Csoklich*, JB 2008, 145; *B. Jud*, GesRZ 2007, 295; *Riedmann*, Privatstiftung, 69; *N. Arnold*, PSG Einl Rz 29.

<sup>380</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 295.

<sup>381</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 295.

#### 5.2.4. Berechnung des Beginns der Zwei-Jahres-Frist

Gem § 91 Abs 1 leg cit ist der Wert des Fehlenden dann in die Aufteilung einzubeziehen, wenn die Vermögensverringerung frühestens zwei Jahre vor Einbringung der Scheidungsklage oder Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft vorgenommen wurde.

Nach hA<sup>383</sup> soll diese Frist bei Privatstiftungen nicht bereits mit der Einbringung des Vermögens in die Stiftung zu laufen beginnen. Erst wenn der Stifter ein tatsächliches „Vermögensopfer“ erbringt, also keinerlei Einflussrechte mehr auf die Privatstiftung hat, beginne der Fristenlauf.<sup>384</sup> Es wird daher in diesem Zusammenhang die im Pflichtteilsrecht für die Schenkungsanrechnung nach § 785 Abs 3 ABGB<sup>385</sup> entwickelte „Vermögensopfertheorie“<sup>386</sup> angewandt.

Danach beginne die Zwei-Jahres-Frist erst mit der vollständigen Aufgabe der Verfügungsgewalt des Stifters über seine Vermögenswerte zu laufen. Behält sich der Stifter weitgehende Einflussmöglichkeiten auf die Verwaltung und Nutzung des Stiftungsvermögens vor, insb Änderungs- und Widerrufsrechte, könne nicht von einem Vermögensopfer gesprochen werden<sup>387</sup> und daher die Anrechnungsfrist des § 91 Abs 1 EheG nicht zu laufen beginnen.

#### 5.2.5. Literatur

Einigkeit herrscht daher grundsätzlich darüber, dass der Beginn der Zwei-Jahres-Frist des § 91 Abs 1 EheG durch vorbehaltene Einflussmöglichkeiten auf die Stiftung grundsätzlich gehemmt wird.

Welche Arten von Einflussmöglichkeiten jedoch eine derartige Hemmung des Fristenlaufs bewirken, diesbezüglich bestehen Divergenzen in der Lehre.

---

<sup>382</sup> Riedmann, Privatstiftung, 69.

<sup>383</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 294; Csoklich, RdW 2000, 403; vgl auch ders, Zugriff auf Vermögen der Privatstiftung durch Gläubiger der Stifter und Begünstigte, ÖBA 2008, 416 (421); N. Arnold, PSG Einl Rz 29; Hochedlinger, SWK 2004, W 182; Riedmann, Privatstiftung, 71; vgl auch Schauer, Erbrechtliche Probleme, 131 ff.

<sup>384</sup> vgl auch Limberg, Privatstiftung, 25.

<sup>385</sup> Schenkungsanrechnung gem § 785 Abs 3 ABGB: „In jedem Fall bleiben Schenkungen unberücksichtigt, die der Erblasser aus Einkünften ohne Schmälerung seines Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Rücksichten des Anstandes gemacht hat. Gleiches gilt für Schenkungen, die früher als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers an nicht pflichtteilsberechtigte Personen gemacht worden sind.“

<sup>386</sup> vgl OGH 5.06.2007, 10 Ob 45/07a, der in dieser Entscheidung die „Vermögensopfertheorie“ anwendet.

<sup>387</sup> Schauer, Erbrechtliche Probleme, 132 f; ders, NZ 1993, 256; Limberg, Privatstiftung, 24 ff; Csoklich, RdW 2000, 403; ders, JB 2008, 146; N. Arnold, PSG Einl Rz 29; B. Jud, GesRZ 2007, 294; Riedmann, Privatstiftung, 71.

Für die üL, wie etwa *B. Jud*,<sup>388</sup> *N. Arnold*,<sup>389</sup> *Csoklich*,<sup>390</sup> *Schauer*<sup>391</sup> und *Hochedlinger*<sup>392</sup> wird der Beginn des Fristenlaufes des § 91 Abs 1 EheG durch ein vorbehaltenes Mitspracherecht, va eines Änderungs- und Widerrufsrechts des Stifters gehemmt. Solange der Stifter derart über die Stiftung „herrschen“ könne, habe er sich seines Vermögens nicht vollständig begeben, nehme daher kein Vermögensopfer wahr<sup>393</sup> und könne eine Anrechnung im Aufteilungsverfahren zeitlich unbegrenzt erfolgen. Diese Autoren stellen daher strikt auf ein dem Stifter verbleibendes Gestaltungsrecht ab, wobei *Schauer*<sup>394</sup> sogar noch etwas weiter geht und ein Änderungsrecht, welches widerrufsähnlichen Charakter hat, als ausreichend erachtet, um das Vermögensopfer des Stifters zu verneinen.

Lediglich *Csoklich*<sup>395</sup> erachtet ein Abstellen bloß auf ein vorbehaltenes Widerrufs- oder Änderungsrecht als zu kurz gegriffen. Er ruft in Erinnerung, dass auch ohne vorbehaltenes Widerrufs- oder Änderungsrecht der Stifter über sein etwaig eingeräumtes Alleinentscheidungsrecht im Stiftungsvorstand, das diesem vorbehaltene Recht zur Bestimmung der Begünstigten ausüben und damit jede beliebige Vermögensauskehr an sich oder an dritte Personen bewirken könne. In diesem Fall wäre es nicht nachvollziehbar von einer endgültigen Vermögensübertragung zu sprechen und sei daher auch nicht vom Beginn des Laufes der Zwei-Jahres-Frist des § 91 Abs 1 EheG auszugehen.

*Csoklich* geht aber noch einen Schritt weiter und führt ein zweites Szenario ins Treffen, bei dessen Vorliegen seines Erachtens ebenfalls die Anrechnungsfrist nicht zu laufen beginne:

Habe der Stifter sein Vermögen einer Privatstiftung gewidmet und sich und/oder seinem Ehegatten Begünstigtenstellung eingeräumt, so kämen die wirtschaftlichen Ergebnisse aus dem Vermögen nach wie vor einem oder gegebenenfalls beiden Ehegatten zugute.

Ist eine derartige Begünstigtenfestsetzung in der Stiftungsurkunde festgehalten, so benötige der Stifter um sicherzustellen, dass er weiterhin am Vermögen partizipieren könne, keine fortdauernden Einflussrechte. Bei Vorliegen dieser Konstellation erachtet *Csoklich* eine Verneinung der Einbeziehung des Vermögens in das Aufteilungsverfahren als unbillig und nicht gerechtfertigt. Er verlangt daher für einen klaren Ausschluss des Vermögens aus dem

---

<sup>388</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 294.

<sup>389</sup> *N. Arnold*, PSG Einl Rz 29.

<sup>390</sup> *Csoklich*, RdW 2000, 403.

<sup>391</sup> *Schauer*, Privatstiftung: Typische Konfliktfälle aus familien- und erbrechtlicher Sicht, in *Kathrein & Co (Hrsg)* Stiftungsletter 8/2006, 15 (17).

<sup>392</sup> *Hochedlinger*, SWK 2004, W 182.

<sup>393</sup> vgl dazu auch *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung aus dem Blickwinkel der Stiftungsbeteiligten (2011), 92.

<sup>394</sup> *Schauer*, Die Privatstiftung als Funktionsäquivalent der Schenkung auf den Todesfall, ZfS 2006, 52 (54).

<sup>395</sup> *Csoklich*, JB 2008, 147; *ders*, ÖBA 2008, 422.

Aufteilungsverfahren eine völlige, sowohl rechtliche als auch wirtschaftliche Trennung des der Stiftung gewidmeten Vermögens von beiden Ehegatten.<sup>396</sup>

Auch *Riedmann*<sup>397</sup> setzt sich mit dem Problem des Fristenlaufs auseinander. Er schließt sich grundsätzlich der Ansicht *Csoklichs* an, wendet aber darüber hinaus seine Lösungsansätze zur Schenkungsanrechnung nach § 785 Abs 3 ABGB<sup>398</sup> auch auf das Aufteilungsverfahren gem §§ 81 ff EheG wie folgt an:

1. Hat sich der Stifter ein Gebrauchs- oder Fruchtgenussrecht am Stiftungsvermögen vorbehalten, so müsse bei einer Zuwendung zunächst der Wert des Vermögensgegenstands unter Berücksichtigung der Belastung des Nutzungsrechts ermittelt werden. Diesen Wert bezeichnet *Riedmann* der Einfachheit halber vorerst als „Wert 1“.<sup>399</sup>

Derselbe Vermögensgegenstand soll dann in einem zweiten Schritt unter Außerachtlassung der Belastung bewertet werden und ergäbe dies „Wert 2“. Wird nun der mit dem Gebrauchs- oder Fruchtgenussrecht belastete Vermögensgegenstand zugewendet, so sei davon auszugehen, dass zunächst eine Widmung nur in Höhe von „Wert 1“ erfolgt sei. Die Differenz zu „Wert 2“ gelte also während des Bestandes der Belastung als noch nicht übertragen. Erst bei Erlöschen dieses Rechtes (etwa durch Tod des Berechtigten), gelte auch der Differenzbetrag als zugewendet.

Das Ausmaß der Weiterverwendung des Rechts durch den Stifter bestimme bei diesem Lösungsvorschlag den Umfang, in welchem die Zwei-Jahres-Frist zu laufen oder eben noch nicht zu laufen beginne.<sup>400</sup>

*Riedmann* sieht in dieser Vorgehensweise die intentio des § 785 ABGB verwirklicht.<sup>401</sup> Er vertritt daher eine großzügigere Ansicht und lässt den Lauf der Frist des § 91 Abs 1 EheG auch dann beginnen, wenn sich der Stifter ein Gebrauchs- oder Fruchtgenussrecht vorbehalten hat. Fairer Weise berücksichtigt er jedoch nur den tatsächlichen Wert des gewidmeten Vermögens, eben unter Berücksichtigung der vorhandenen Belastung.

2. Auch Miet- und Pachtrechte des Stifters hinsichtlich des der Privatstiftung übertragenen Vermögens könnten den Lauf der Zwei-Jahres-Frist nicht aufhalten. Dies begründet *Riedmann* damit, als nunmehr die Stiftung Erträge aus dem gewidmeten

---

<sup>396</sup> *Csoklich*, JB 2008, 147 f.

<sup>397</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 71 f.

<sup>398</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 38 ff.

<sup>399</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 38 f.

<sup>400</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 39.

<sup>401</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 39.

Vermögen lukriere und eben nicht mehr der Stifter. Dies spreche für eine Zurechnung des Vermögens zur Stiftung<sup>402</sup> und sei daher der Beginn des Fristenlaufs gerechtfertigt.

3. Abschließend untersucht *Riedmann* die Auswirkungen möglicher Einflussnahme des Stifters auf die Geschäftsführung der Stiftung<sup>403</sup> und schließt sich dabei der Ansicht *Schauers*<sup>404</sup> an: ein bestimmender Einfluss des Stifters auf die Geschäftsführung der Privatstiftung, etwa durch eine Tätigkeit als Stiftungsvorstand, schade nicht, da der Stifter dann eben fremdes Vermögen verwalte. Der im Stiftungsvorstand vertretene Stifter könnte auch dritten Personen Einflussmöglichkeiten einräumen, sodass die bloße Möglichkeit der Einräumung bzw eine vorgenommene Einräumung nicht a priori das Vorliegen eines Vermögensopfers ausschließe. Freilich könne eine Berufung des Stifters auf den Ablauf der Zwei-Jahres-Frist rechtsmissbräuchlich sein.<sup>405</sup>

*Kletecka*<sup>406</sup> übt betreffend die Anwendung der Vermögensopfertheorie bei der Privatstiftung Kritik an der hA, da diese nicht beantworte, welche Kriterien erfüllt sein müssten, um ein für den Stifter spürbares Vermögensopfer annehmen zu können. Das Spektrum reiche vom Widerrufsvorbehalt bis hin zu schuldrechtlich begründeten Mitbenützungsrechten, ja würden manche sogar einer bloß faktischen Möglichkeit der Einflussnahme den Vorzug geben und die tatsächlich vorliegende rechtliche Situation völlig außer acht lassen. Dies führe, so *Kletecka*, zu einer enormen Rechtsunsicherheit, die vom Gesetzgeber wohl nicht gewünscht sein kann und deshalb eine, wie etwa von *Limberg*<sup>407</sup> vorgenommene, Einzelfallbeurteilung entbehrlich sei.<sup>408</sup>

Nach *Kletecka* sei die Bestimmung des § 785 Abs 3 ABGB eine eindeutige, die keinesfalls nach einer einzelfallbezogenen Lösung verlange. Vielmehr habe der Gesetzgeber mit der Zweijahresfrist eine schematische Einordnung gewählt, die eine klare Beantwortung der Frage erlaube, welche Schenkungen anzurechnen sind. Für innerhalb dieser Zweijahresfrist vorgenommene Schenkungen bestehe die unwiderlegliche Umgehungsvermutung. Für ihn ist daher auch die rechtliche Ausgestaltung der Position des Stifters für die Beantwortung der Frage, wann eine Schenkung als „gemacht“ gilt, und nicht etwa ein faktisches Moment, ausschlaggebend.<sup>409</sup> Ein Widerrufsvorbehalt bewirke nicht, dass der Stifter ein Vermögensopfer spüre, weshalb das Eigeninteresse durch die

---

<sup>402</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 39.

<sup>403</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 40.

<sup>404</sup> *Schauer*, Erbrechtliche Probleme, 132.

<sup>405</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 40.

<sup>406</sup> *Kletecka*, Pflichtteilsrechtliche Behandlung der Errichtung einer Privatstiftung, EF-Z 2012/2, 8.

<sup>407</sup> *Limberg*, Privatstiftung, 36.

<sup>408</sup> *Kletecka*, Errichtung einer Privatstiftung, EF-Z 2012/2, 8.

<sup>409</sup> *Kletecka*, Errichtung einer Privatstiftung, EF-Z 2012/2, 8.

Einbringung so wenig berührt werde, dass es der Umgehungstendenz nicht ausreichend entgegenwirken könne.<sup>410</sup>

Der Vorbehalt weiterer Gebrauchs- oder Nutzungsmöglichkeiten stünden dem Vermögensopfer jedoch nicht entgegen, da der Stifter das Vermögen oder die Sache nicht mehr durch Veräußerung zu Geld machen könne. Gleiches gelte für das Weisungsrecht, da für die umgehungshemmende Wirkung der unwiederbringliche Substanzverlust ausreiche, sodass es auch diesfalls auf die tatsächliche rechtliche Ausgestaltung der Stifterposition ankomme.<sup>411</sup>

Betreffend das Änderungsrecht nach § 33 Abs 2 PSG, wonach der Stifter nach Entstehen der Privatstiftung Änderungen der Stiftungserklärung vornehmen kann, wenn er sich dies vorbehalten hat, stößt sich *Kletecka* an der Auffassung *Schauers*<sup>412</sup>, wonach auch das Vorliegen eines „*widerrufsgleichen Änderungsrechts*“ den Beginn des Fristenlaufes des § 785 Abs 3 ABGB hemme, da sich aus § 34 Satz 2 PSG<sup>413</sup> eine klare Trennung zwischen Änderungs- und Widerrufsrecht ergebe.<sup>414</sup> Da sich – wie aus der soeben genannten Norm – ergebe, dass einer juristischen Person der Vorbehalt eines Änderungsrechts, jedoch kein Widerrufsvorbehalt, möglich sei, führe die Annahme, dass es „*widerrufsgleiche Änderungsrechte*“ gebe, die gesetzliche Trennung in Widerrufs- und Änderungsrechte ad absurdum. Es habe auch das Höchstgericht in seiner Entscheidung 1 Ob 214/09s vom 10.08.2010 ausgesprochen, dass der Stifter nicht mit Hilfe der Änderung der Stiftungserklärung eine Vermögenswidmung insofern umändern könne, als das gewidmete Vermögen wieder an ihn zurückfällt. Dies sei nur mit einem Widerruf möglich, sodass auch der OGH die Unzulässigkeit von „*widerrufsgleichen Änderungen*“, wenn sie nur auf § 33 PSG gestützt werden, ausgesprochen hat.<sup>415</sup>

Nach *Kletecka* ist daher nur der Vorbehalt des Widerrufsrechts mit Letztbegünstigung des Stifters für die Hemmung des Beginns des Fristenlaufs des § 785 Abs 3 PSG tauglich.<sup>416</sup>

### 5.2.6. Stellungnahme und eigene Ansicht

Die Frage des Beginns der zweijährigen Frist des § 91 Abs 1 EheG bei Zuwendungen an eine Privatstiftung ist offenbar schwierig und anscheinend unterschiedlich zu beantworten, jedoch praktisch von hoher Relevanz. Die Antwort auf diese Frage entscheidet, ob letztlich eine vollzogene Vermögenswidmung an eine Privatstiftung in der Aufteilung nach §§ 81 ff EheG Berücksichtigung findet oder eben nicht.

---

<sup>410</sup> *Kletecka*, Errichtung einer Privatstiftung, EF-Z 2012/2, 9.

<sup>411</sup> *Kletecka*, Errichtung einer Privatstiftung, EF-Z 2012/2, 9.

<sup>412</sup> *Schauer*, Privatstiftung, ZfS 2006, 52 (54).

<sup>413</sup> § 34 Satz 2 PSG: „*Einem Stifter, der eine juristische Person ist, kann ein Widerruf nicht vorbehalten werden.*“

<sup>414</sup> *Kletecka*, Errichtung einer Privatstiftung, EF-Z 2012/2, 9.

<sup>415</sup> *Kletecka*, Errichtung einer Privatstiftung, EF-Z 2012/2, 9.

<sup>416</sup> *Kletecka*, Errichtung einer Privatstiftung, EF-Z 2012/2, 9.

Nach sorgfältiger Abwägung aller Argumente erscheint mE folgende Lösung angebracht:

Es ist der üL<sup>417</sup> unstrittig dahingehend zu folgen, als der Fristenlauf durch vorbehaltene Einflussrechte des Stifters gehemmt wird, da das allseits verlangte Vermögensopfer fehlt.

Es sollte jedoch hinsichtlich des Beginns der Zweijahresfrist des § 91 Abs 1 EheG nicht allein auf ein vorbehaltenes Gestaltungsrecht abgestellt werden, da bei dieser Betrachtungsweise die Einflussnahme über eine „andere Schiene“, etwa aufgrund eines Mitspracherechts im Stiftungsvorstand übersehen wird.

Wie *Csoklich* erläutert, kann der Stifter auch auf anderem Wege Einfluss auf die Privatstiftung ausüben. Es bedarf hierzu keines vorbehaltenen Änderungs- oder Widerrufsrechts, sondern kann sich der Stifter ua durch Mitwirkung im Stiftungsvorstand ebenso Vorteile zuwenden, ohne dass er ein Änderungsrecht ausüben müsste.

Folgt man der Ansicht der oben erwähnten üL<sup>418</sup> und käme es daher nur bei Vorliegen eines vorbehaltenen Änderungs- und/oder Widerrufsrechts zur Hemmung des Fristenlaufs, könnte der Stifter durch eine etwaige andere Einflussmöglichkeit, wie zB durch die Geschäftsführung der Stiftung die Hemmung des Fristenlaufs des § 91 Abs 1 EheG „ausschalten“. Gerade die Aushebelung der Anwendung dieser Norm kann jedoch bei genauerer Betrachtung nicht im Sinne des Gesetzgebers der *leg cit* gelegen sein, welcher ja gerade durch diese Norm Vermögensverschleuderung kurz vor Eheauflösung verhindern will.<sup>419</sup>

Daher muss bei konsequenter Anwendung des § 91 Abs 1 EheG der Beginn des Fristenlaufs ausbleiben, solange der Stifter irgendwelche Einflussmöglichkeiten auf die Privatstiftung, zB als Stiftungsvorstand, hat, womit meiner Ansicht nach grundsätzlich *Csoklich*<sup>420</sup> zu folgen ist.

*Riedmann*, schließt sich ebenfalls grundsätzlich den Ausführungen *Csoklichs* an, beleuchtet jedoch noch weitere Szenarien der Einflussnahme bei seinen Lösungsansätzen, die nach meinem Dafürhalten über das Ziel „hinausschießen.“

---

<sup>417</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 294; *N. Arnold*, PSG Einl Rz 29: *Csoklich*, RdW 2000, 403; *Hochedlinger*, SWK 2004, W 182; *Schauer*, Privatstiftung: Typische Konfliktfälle aus familien- und erbrechtlicher Sicht, in Kathrein & Co (Hrsg) Stiftungsletter 8/2006, 15 (17f).

<sup>418</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 294; *N. Arnold*, PSG, Einl Rz 29: *Csoklich*, RdW 2000, 403; *Hochedlinger*, SWK 2004, W 182; *Schauer* in Kathrein & Co (Hrsg), Stiftungsletter 8/2006 17.

<sup>419</sup> *Hopf/Kathrein*, Eherecht § 91 Rz 1; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner* (Hrsg), ABGB § 91 EheG E 3a; *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 91 Rz 1.

<sup>420</sup> *Csoklich*, JB 2008, 147; *ders*, ÖBA 2008, 422.

Nach ihm hindere ein dem Stifter eingeräumtes Gebrauchs- und Fruchtgenussrecht am Stiftungsvermögen nicht den Beginn des Fristenlaufs. Derartige Rechte kommen jedoch nach der Ratio der §§ 504 ff ABGB dem Gebrauchs- oder Fruchtgenussberechtigten zugute. Im vorliegenden Fall daher dem Stifter, der Nutznießer dieser Rechte ist und dadurch einen Vorteil erhält, aufgrund dessen der Beginn des Fristenlaufs gehemmt wird.

Auch wenn *Riedmann*<sup>421</sup> für die Fristfrage eine differenzierte Bewertung vorschlägt, indem gestiftete Sachen, an denen sich der Stifter Nutzungsrechte vorbehalten hat, zunächst nur mit dem um die Nutzungsrechte verminderten Wert anzurechnen seien (und die Frist dafür zu laufen beginne) und erst bei Aufgabe dieser Rechte durch den Stifter, der auf den vollen Wert fehlende weitere Betrag anzurechnen sei, ist diese Ansicht mE mit der Ratio des § 91 Abs 1 EheG nicht in Einklang zu bringen.<sup>422</sup> Solange dem Stifter die Möglichkeit bleibt, in irgendeiner Weise auf die Privatstiftung einzuwirken, kann die Frist des § 91 Abs 1 EheG nicht zu laufen beginnen, da kein endgültiges Vermögensopfer vorliegt.

Gleich verhält es sich mit Miet- und Pachtrechten des Stifters, auch wenn die daraus erzielten Erträge in Wahrheit der Privatstiftung zufließen.

*Kleteckas* Argument, wonach „*widerrufsgleiche Änderungsrechte*“ die Trennung in Widerruf und Änderung untergäben würden, ist schon allein aufgrund der Wortinterpretation dieser beiden Begriffe zu folgen. Hätte der Gesetzgeber eine „Zwischenlösung“ schaffen wollen, so würde dies mE seine Entsprechung eben im PSG finden, welche jedoch fehlt.

Seiner strikten Linie, wonach insb auf die rechtliche Ausgestaltung der Stifterposition zu achten sei und nicht bloß auf faktische Einflussmöglichkeiten ist jedoch nicht zu folgen. ME wird hier – wie bereits in diesem Kapitel weiter oben erwähnt – die Einflussmöglichkeiten über andere Wege, etwa über Vorstandspositionen, übersehen.<sup>423</sup>

Unstrittig behält bei og Konstellationen der Stifter einen gewissen Einfluss auf die Privatstiftung und ist deshalb die Anwendung des § 91 Abs 1 EheG unter Berücksichtigung seiner Frist gerechtfertigt.

Ich selbst schließe mich den Lösungsansätzen *Umlaufs*,<sup>424</sup> die dieser iZm der Schenkungsanrechnung nach § 785 Abs 3 ABGB entwickelt hat, an, da diese im gegebenen Zusammenhang Beachtung finden sollten:

---

<sup>421</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 38 f.

<sup>422</sup> vgl auch *Limberg*, Privatstiftung, 33.

<sup>423</sup> vgl dazu §§ 14 und 15 PSG.

<sup>424</sup> *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001), 179 ff.

Das vom Stifter zu erbringende Vermögensopfer müsse wie folgt ausgestaltet sein:

1. Der Stifter hat bezüglich des zugewendeten Vermögens keine faktische Nutzungsmöglichkeit mehr.
2. Es besteht keine Möglichkeit seitens des Stifters mehr, das zugewendete Vermögen anderweitig zu veräußern und den Veräußerungserlös zu lukrieren oder die Sache jemand anderem zuzuwenden.
3. Der Stifter ist eben so wenig in der Lage, den Vermögensgegenstand als Besicherungsobjekt (Verpfändung) zu verwenden.

Bereits das Fehlen einer dieser drei Komponenten verhindere nach *Umlauf*<sup>425</sup> den Beginn des Fristenlaufs, wobei er der nicht mehr bestehenden faktischen Nutzungsmöglichkeit die größte Bedeutung zumisst, da diese für den Stifter sofort spürbar sei.

Anders als bei *Riedmann*<sup>426</sup> beginnt daher bei *Umlauf* die Zweijahresfrist des § 91 Abs 1 EheG nicht zu laufen, wenn sich der Stifter Gebrauchs- bzw Fruchtgenussrechte oder ein obligatorisches Nutzungsrecht, wie etwa Miet- und Pachtrechte, am gestifteten Vermögen vorbehalten hat.<sup>427</sup>

Für *Umlauf* – sowie für die hA – aber unstrittig verhindere ein Widerrufsvorbehalt zweifellos den Beginn der Zweijahresfrist.

In Bezug auf die Einflussnahme des Stifters auf die Geschäftsführung, etwa als Stiftungsvorstand, unterscheiden sich die Ansichten *Riedmanns* und *Umlaufs* grundlegend:

Während für *Riedmann*<sup>428</sup> und auch für *Schauer*<sup>429</sup> die Funktion des Stifters als Stiftungsvorstand für den Beginn des Fristenlaufs unschädlich sei, ist im Hinblick auf die og Komponenten davon auszugehen, dass *Umlauf* bei einer derartigen Einflussmöglichkeit des Stifters den Fristenlauf verneint.<sup>430</sup>

Er vertritt daher in aller Konsequenz eine Ansicht, die jeglichen Beginn des Fristenlaufs ausschließt, sobald bzw solange der Stifter noch in irgendeiner Form Einfluss auf die Stiftung üben kann.

Ich trete dieser Meinung vollinhaltlich bei, zumal sie de facto logisch nachvollziehbar ist und in ihrer Gesamtheit mit der Ratio des § 91 Abs 1 EheG in Einklang steht.

---

<sup>425</sup> *Umlauf*, Anrechnung, 180.

<sup>426</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 38 f.

<sup>427</sup> *Umlauf*, Anrechnung, 180 f.

<sup>428</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 40.

<sup>429</sup> *Schauer*, Erbrechtliche Probleme, 132.

<sup>430</sup> Vgl auch *Riedmann*, Privatstiftung, 34.

### 5.2.7. Zwischenergebnis

Es ist somit festzuhalten, dass der Ehegatte eines Stifters durch § 91 Abs 1 EheG bei Vorliegen der dort normierten Voraussetzungen vor einer Verringerung der Aufteilungsmasse durch die Errichtung einer Privatstiftung geschützt ist.<sup>431</sup>

Daher ist die Anwendung des § 91 Abs 1 EheG auf Verschiebungen von ehelichem Gebrauchsvermögen oder Ersparnissen in eine Privatstiftung zu bejahen.<sup>432</sup>

Der Beginn der Zweijahresfrist erfolgt erst bei vollständiger Aufgabe der Verfügungsmacht des Stifters über die Privatstiftung bzw deren Vermögen.

Solange der Stifter in irgendeiner Form Einfluss auf die Privatstiftung üben kann, verhindert dies den Lauf der Frist und führt daher zu einer längeren Anrechnungszeit.

Begibt sich jedoch der Stifter all seiner Rechte und hat keinerlei Privilegien in Bezug auf die Stiftungsverwaltung, bleibt eine Vermögenswidmung, die länger als zwei Jahre vor der Scheidung der Ehe erfolgt ist, im Aufteilungsverfahren außer Betracht.

### 5.3. Anwendung § 91 Abs 2 EheG auf Privatstiftungen?

Nachdem nunmehr die Anwendung des § 91 Abs 1 EheG auf Vermögensverschiebungen in eine Privatstiftung geklärt wurde, gilt es an dieser Stelle auch die Anwendbarkeit des durch das EheRÄG 1999<sup>433</sup> neu eingeführten Abs 2 zu prüfen, dessen Tatbestandsmerkmale bereits unter Punkt III.B.3.6.2. *Der § 91 Abs 2 EheG im Detail* erläutert wurden.

#### 5.3.1. Die Privatstiftung als Unternehmen?

Da § 82 EheG keine Definition des Unternehmensbegriffs enthält, behilft man sich mit der Definition des Unternehmensbegriffs in den § 1 Abs 2 KSchG bzw § 1 Abs 2 UGB.<sup>434</sup>

Unstrittig ist die Privatstiftung kein Unternehmen, an dem jemandem ein Anteil zusteht.<sup>435</sup> Sie ist auch nicht Unternehmer kraft Rechtsform.<sup>436</sup> Grund dafür ist, dass Privatstiftungen eine gewerbsmäßige Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit

---

<sup>431</sup> Csoklich, RdW 2000, 403; ders, JB 2008, 144 ff; Riedmann, Privatstiftung, 73; Pittl, NZ 2000, 260; B. Jud, GesRZ 2007, 294; Schauer in Kathrein & Co (Hrsg) Stiftungsletter 8/2006 17; N. Arnold, PSG Einl Rz 29.

<sup>432</sup> Hopf/Kathrein, Eherecht § 91 Rz 3.

<sup>433</sup> BGBl I 1999/125.

<sup>434</sup> Linder, GesRZ 2007, 12; Bernat in Schwimann, ABGB § 82 EheG Rz 10.

<sup>435</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 292; Linder, GesRZ 2007, 20.

<sup>436</sup> N. Arnold, PSG Einl Rz 13a.

hinausgeht gem § 1 Abs 2 Z 1 PSG nicht ausüben dürfen.<sup>437</sup> Ob der Privatstiftung Unternehmereigenschaft iSd UGB zukommt, hängt daher von Art und Umfang ihrer Tätigkeit ab.<sup>438</sup>

Es ist daher festzuhalten, dass die Privatstiftung per se kein Unternehmen ist.

### 5.3.2. Einvernehmen der Ehegatten?

Hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals wird auf die Ausführungen unter Punkt III.B.3.6.2.2. *Das Tatbestandsmerkmal des Einvernehmens der Ehegatten* verwiesen, wonach unabhängig von der Zustimmung des Ehegatten zur Vermögenswidmung<sup>439</sup> eine entsprechende Anrechnung selbiger im Aufteilungsverfahren stattfindet.

### 5.3.3. Anwendbarkeit des § 91 Abs 2 EheG auf Privatstiftungen?

Da die Privatstiftung kein Unternehmen ist kommt lediglich eine analoge Anwendung des § 91 Abs 2 EheG in Betracht.

Diesbezüglich herrscht in der Lehre eine starke Kontroverse, die mit Spannung zu verfolgen ist.

### 5.3.4. Literatur

Die Darstellung der Lehrmeinungen erfolgt nunmehr in der Reihenfolge zunächst der bejahenden und anschließend der verneinenden Ansichten.

*Csoklich*<sup>440</sup> gibt zu bedenken, dass - außer als Nebengewerbe – eine Privatstiftung selbst kein Unternehmen betreiben dürfe. Unternehmensbeteiligungen zu halten sei der Privatstiftung jedoch nicht verwehrt,<sup>441</sup> sodass sie mittelbar als Unternehmensträger fungieren könne. Derartige Unternehmensträgerstiftungen<sup>442</sup> würden sich von strategischen Holding-Gesellschaften nicht unterscheiden und sei es wohl unstrittig, dass Anteile an strategischen Holding-Gesellschaften zwar nach § 82 Z 4 EheG [sic] von der Aufteilung ausgenommen, jedoch über § 91 Abs 2 EheG eine Einbeziehung von Übertragungen von

---

<sup>437</sup> *N. Arnold*, PSG Einl Rz 13a; *B. Jud*, GesRZ 2007, 292.

<sup>438</sup> *N. Arnold*, PSG Einl Rz 13b.

<sup>439</sup> OGH 8.05.2005, 2 Ob 166/04 g; vgl auch *B. Jud*, GesRZ 2007, 293; *Linder*, GesRZ 2007, 19.

<sup>440</sup> *Csoklich*, RdW 2000, 404; *ders*, JB 2008, 154 ff.

<sup>441</sup> *Csoklich*, JB 2008, 154.

<sup>442</sup> Darunter versteht man eine Privatstiftung, die wegen der Art und des Umfangs ihrer Tätigkeit als Unternehmer zu qualifizieren ist oder zumindest Anteile an einem Unternehmen hält, das eine gewerbsmäßige Tätigkeit ausübt; vgl *W. Jud*, Die Privatstiftung zur Begünstigung der Allgemeinheit, JBI 2003, 771; *B. Jud*, GesRZ 2007, 293; *N. Arnold*, PSG Einl Rz 10.

Ersparnissen oder Gebrauchsvermögen in die Holding bzw direkt in die von der Holding gehaltenen Unternehmen im Aufteilungsverfahren zu erfolgen habe.<sup>443</sup>

Habe sich nunmehr der Stifter über Vorbehalt von Gestaltungsrechten Einflussmöglichkeiten hinsichtlich der Stiftung vorbehalten und sich daher noch nicht endgültig der Verfügung über das der Stiftung gewidmete Vermögen begeben, dann folge daraus nach Ansicht *Csoklichs* zwingend, dass jedenfalls für solche Fälle einer Unternehmensträgerstiftung oder auf gem § 1 Abs 2 Z 1 PSG unternehmerisch tätige Privatstiftungen der § 91 Abs 2 EheG analog anzuwenden sei.<sup>444</sup>

*Csoklich* übt dabei Kritik an der gegenteiligen Ansicht<sup>445</sup> und vermeint, dass bei dieser ein Ehepartner die Berücksichtigung des Wertes von für ein Unternehmen verwendetem ehelichen Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen gem § 91 Abs 2 EheG durch Einbringung des Unternehmens in eine Privatstiftung, in der er sich Einflussrechte vorbehalten hat, und erst anschließender Zuführung der ehelichen Ersparnisse bzw von Gebrauchsvermögen in das Unternehmen, vereiteln könne. Dabei sei es unerheblich, ob die Vermögenswidmung direkt an das Unternehmen oder indirekt über die Privatstiftung erfolge.<sup>446</sup>

Eine Zuwendung direkt in das von der Privatstiftung gehaltene Unternehmen könne jedenfalls nur dann nach § 91 Abs 1 EheG berücksichtigt werden, wenn sie innerhalb der letzten beiden Jahre vor Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft erfolgte, auch wenn sich der Stifter Einflussmöglichkeiten vorbehalten habe.

Die Verschiebung des Fristenlaufes des § 91 Abs 1 EheG, wie er von der hL vertreten werde, beziehe sich nämlich lediglich auf Vermögenswidmungen an die Privatstiftung selbst<sup>447</sup> und nicht auf von ihr gehaltene Unternehmen.<sup>448</sup>

Hinsichtlich des Zeitpunktes, wann einem oder beiden Ehepartnern ein Anteil an einem Unternehmen gem § 91 Abs 2 EheG zustehen muss, stellt *Csoklich* auf den Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft bzw Einbringung der Klage ab.<sup>449</sup>

Wurde das Unternehmen vor diesem Zeitpunkt veräußert, so unterliege der Veräußerungserlös als eheliches Ersparnis der Aufteilung bzw wären Verfügungen über diesen Veräußerungserlös innerhalb der letzten beiden Jahre nach § 91 Abs 1 EheG zu berücksichtigen.

---

<sup>443</sup> *Csoklich*, JB 2008, 154.

<sup>444</sup> *Csoklich*, JB 2008, 155.

<sup>445</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 289 (293); *Riedmann*, Privatstiftung, 73 ff.

<sup>446</sup> *Csoklich*, JB 2008, 155.

<sup>447</sup> *Csoklich*, JB 2008, 155.

<sup>448</sup> Anm der Autorin.

<sup>449</sup> *Csoklich*, JB 2008, 156.

Wurde demgegenüber der Veräußerungserlös wiederum in ein Unternehmen oder eine Unternehmensbeteiligung investiert, dann sei nach dem Surrogationsprinzip<sup>450</sup> die Zuwendung in das frühere Unternehmen nach Abs 2 leg cit anzurechnen.<sup>451</sup>

Im Falle der Einbringung des Unternehmens in eine Privatstiftung, trete an die Stelle der früheren Unternehmensbeteiligung kein adäquater Vermögenswert in das Vermögen der Ehegatten. Käme nunmehr § 91 Abs 2 EheG auf Unternehmensträgerstiftungen nicht zur Anwendung, so wären nach *Csoklich* die vor Errichtung der Stiftung, aber während aufrechter Ehe getätigten Zuwendungen an das Unternehmen mittels ehelichem Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen im Aufteilungsverfahren nicht mehr zu berücksichtigen: die in § 91 Abs 2 EheG verankerte zeitlich unbefristete Anrechnung liefe ins Leere.<sup>452</sup> Es könnten daher durch eine Stiftungerrichtung nicht nur die (unmittelbaren oder mittelbaren) Zuwendungen in das Unternehmen nach Stiftungerrichtung, sondern auch die schon früher, dh vor Stiftungerrichtung veranlassten Zuwendungen in das Unternehmen von der Aufteilung immunisiert werden.<sup>453</sup>

Darin sieht *Csoklich* eine unbefriedigende Lösung und zieht daher als Resümee, dass Zuwendungen von ehelichem Gebrauchsvermögen und ehelichen Ersparnissen an Unternehmensträgerstiftungen oder unternehmerisch tätige, durch den Stifter aufgrund vorbehaltenen Gestaltungsrechte beeinflussbare, Stiftungen nach § 91 Abs 2 EheG in das Aufteilungsverfahren einzubeziehen seien; dies gelte auch für unmittelbare Zuwendungen an das von der Privatstiftung gehaltene Unternehmen. Vermögenswidmungen an sonstige Privatstiftungen fänden bei der Aufteilung nach Abs 1 leg cit Berücksichtigung. Ein vorbehaltenes Gestaltungsrecht führe jedoch zur Verlängerung des Beginns des Laufes der Anrechnungsfrist nach § 91 Abs 1 EheG.<sup>454</sup>

Dieser Ansicht folgend<sup>455</sup> bejahen auch *Schauer*<sup>456</sup> und *N. Arnold*<sup>457</sup> die analoge Anwendung des § 91 Abs 2 EheG. Die Nichtbeachtung der Privatstiftung durch den Gesetzgeber deutet *N. Arnold* als „*planwidrige Unvollständigkeit*“ und lässt daher eine analoge Anwendung des Abs 2 leg cit dann zu, wenn dem Stifter so starke Einflussmöglichkeiten auf die Privatstiftung zukommen, dass diese mit den

---

<sup>450</sup> Dieses besagt, dass auch der anstelle der von der Aufteilung ausgenommenen Sache tretende Vermögenswert der Aufteilung entzogen bleibt. Umgekehrt bleibt ein potentieller Gegenstand der Aufteilung in letztere einbezogen, auch wenn er veräußert und durch eine andere Sache (= Surrogat) ersetzt wird; vgl *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB § 82 EheG Rz 16; *Pichler* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> § 82 EheG Rz 8.

<sup>451</sup> *Csoklich*, JB 2008, 156.

<sup>452</sup> *Csoklich*, JB 2008, 156.

<sup>453</sup> *Csoklich*, JB 2008, 156.

<sup>454</sup> *Csoklich*, JB 2008, 158.

<sup>455</sup> Vgl auch zustimmend *Hopf/Kathrein*, Eherecht § 91 Rz 3.

<sup>456</sup> *Schauer* in *Kathrein & Co* (Hrsg) Stiftungsletter 8/2006 18.

<sup>457</sup> *N. Arnold*, PSG Einl Rz 29.

Einflussmöglichkeiten eines Gesellschafters (der einen „Anteil“ hält) vergleichbar seien. Der Bestand der Privatstiftung dürfe jedoch durch die Aufteilung nicht gefährdet werden.<sup>458</sup>

*Linder*<sup>459</sup> spricht sich ebenfalls für eine analoge Anwendung des § 91 Abs 2 EheG auf „unternehmerische“ Privatstiftungen aus. Diese liege vor, wenn die Privatstiftung im Rahmen des Nebenzweckprivilegs gem § 1 Abs 2 Z 1 PSG selbst unternehmerisch tätig sei, indem sie etwa Unternehmensanteile halte und damit mittelbar als Unternehmensträger fungiere.

Weiters wenden auch *Hochedlinger*<sup>460</sup> im Scheidungsfall im Zusammenhang mit Privatstiftungen die Bestimmung des § 91 Abs 2 EheG an. Es spreche doch vieles für eine analoge Anwendung der leg cit auf Privatstiftungen und begründet dies der Autor mit der Gefahr von Vermögensverschiebungen zu Lasten des anderen Ehegatten, wenn die Stiftung lediglich ein Ehegatte errichtet hat.

Kritik an der (analogen) Anwendung des § 91 Abs 2 EheG üben hingegen *Riedmann*<sup>461</sup> und *B. Jud.*<sup>462</sup>

*Riedmann*<sup>463</sup> vertritt die Ansicht, dass der von *Csoklich* geforderte Analogieschluss nicht notwendig sei und zudem auch zu Systemwidrigkeiten führe. Dies aufgrund des im Eherecht herrschenden Güterstands der Gütertrennung gem §§ 1233, 1237 ABGB, wonach jeder Ehegatte Alleineigentümer des von ihm erworbenen Vermögens ist. Erst bei Auflösung der Ehe komme es zur Aufteilung des Vermögens, wobei diesfalls die Eigentumsverhältnisse unerheblich seien.<sup>464</sup>

Aufgrund der heftigen Kritik an der gänzlichen Ausnahme von Unternehmen in der Aufteilung, sei als Korrektiv für (manipulative) Vermögensverschiebungen zwischen dem der Aufteilung unterliegenden Vermögen und dem nicht der Aufteilung unterliegenden Unternehmensvermögen (Sondervermögen) der Abs 2 des § 91 EheG neu geschaffen worden. Während aufrechter Ehe könne jeder Ehegatten beliebig mit seinem Vermögen verfahren. Lediglich § 91 Abs 1 EheG für die letzten beiden Jahre vor der Scheidung und § 785 Abs 3 ABGB für die letzten beiden Jahre vor dem Ableben des Erblassers würden gewisse Grenzen für den über sein Vermögen verfügenden Ehegatten darstellen.<sup>465</sup>

---

<sup>458</sup> *N. Arnold*, PSG Einl Rz 29.

<sup>459</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 20.

<sup>460</sup> *Hochedlinger*, SWK 2004, W 181.

<sup>461</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 75 f.

<sup>462</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 292 ff.

<sup>463</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 75.

<sup>464</sup> Vgl auch *Koziol/Welser*, Band I 478.

<sup>465</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 75.

Diese Rechtslage sei Ergebnis der in der Gütertrennung sowie im Privatrecht geltenden Privatautonomie<sup>466</sup> und gebe es daher bei Einbringung von Vermögen in eine Privatstiftung lediglich zwei Möglichkeiten:

1. die Übertragung an die Stiftung ist endgültig und die Widmung eine dauernde, sodass auf Seiten des Stifters ein Vermögensopfer erbracht wurde, oder
2. der Stifter hat sich Gestaltungsrechte vorbehalten, sodass diesfalls noch nicht von einem Vermögensopfer gesprochen werden könne und die Frist des § 91 Abs 1 EheG noch nicht zu laufen beginne.

In beiden Fällen komme § 91 Abs 1 EheG zur Anwendung, wobei im ersten Fall die zweijährige Frist sofort zu laufen beginne. Es liege somit eine mittels Analogie zu § 91 Abs 2 EheG zu schließende Lücke nicht vor und würde überdies die Anwendung dieser Norm dem Grundsatz zuwiderlaufen, dass die Eheleute während aufrechter Ehe über ihr Vermögen frei verfügen können.

*Riedmann* erfasst mit § 91 Abs 2 EheG – dem Wortlaut entsprechend – daher nur Vermögensumschichtungen in – einem der Ehegatten gehörende – Unternehmen, nicht aber die Übertragung von Vermögen an dritte Rechtssubjekte,<sup>467</sup> wie etwa eine Privatstiftung.<sup>468</sup>

Dem folgt *B. Jud.*<sup>469</sup> Eine analoge Anwendung des § 91 Abs 2 EheG wäre allenfalls für besondere Stiftungsfälle zu erwägen, etwa bei einer „unternehmerischen“ Privatstiftung, bei der sich der Stifter solche Einflussmöglichkeiten vorbehalten hat, dass diese mit der Stellung eines Gesellschafters, der „einen Anteil hält“ vergleichbar wären.

Doch selbst diesfalls scheidet für *B. Jud* die Analogie zu § 91 Abs 2 EheG aus, da ihrer Ansicht nach eine dafür erforderliche Lücke, also eine plandwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, nicht vorliege.

§ 91 Abs 1 EheG erfasse sämtliche Vermögensverringerungen, die der Gestaltung der Lebensverhältnisse der Ehegatten während der ehelichen Lebensgemeinschaft widerspricht, weshalb Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung schon vom Wortlaut des Abs 1 leg cit erfasst seien.<sup>470</sup> Zudem sei der Abs 2 des § 91 EheG zu einem Zeitpunkt eingeführt worden, zu welchem das PSG bereits sechs Jahre in Kraft war und die Frage der Berücksichtigung von Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung im Fall der Scheidung

---

<sup>466</sup> Die Privatrechtsordnung räumt dem Einzelnen weitgehend die Möglichkeit ein, seine rechtlichen Beziehungen zur Umwelt nach seinem eigenen Willen frei zu gestalten. Diese Gestaltungsmöglichkeit nennt man *Privatautonomie*; siehe ausführlich *Koziol/Welser*, Band I 94 f.

<sup>467</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 76.

<sup>468</sup> Anm der Autorin.

<sup>469</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 292 f.

<sup>470</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 293.

des Stifters längst wissenschaftlich<sup>471</sup> erörtert war und daher der Gesetzgeber darauf hätte eingehen können.<sup>472</sup>

*B. Jud* merkt weiters an, § 91 Abs 2 EheG sei in unmittelbarem Zusammenhang mit § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG zusehen und gleichsam als Ausgleich für die Exemption der Unternehmen von der Aufteilung geschaffen worden.<sup>473</sup>

Demgemäß käme es nach § 91 Abs 2 EheG nur zur Anrechnung jener Vermögenswerte, die in ein Unternehmen eingebracht wurden das nach § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG nicht der Aufteilung unterliegt.

Einer Privatstiftung gewidmetes Vermögen unterliege schon deshalb nicht der Aufteilung, weil es nicht (mehr) dem Ehegatten gehöre.<sup>474</sup>

Als Fazit folge somit, dass Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung im Falle der Scheidung des Stifters ausschließlich über § 91 Abs 1 EheG bei der Aufteilung zu berücksichtigen seien.<sup>475</sup>

### 5.3.5. Stellungnahme und eigene Ansicht

*Csoklich*<sup>476</sup>, *Schauer*,<sup>477</sup> *N. Arnold*,<sup>478</sup> *Linder*<sup>479</sup> und *Hochedlinger*<sup>480</sup> als Vertreter der Ansicht, § 91 Abs 2 EheG sei analog zumindest auf Unternehmensträgerstiftungen bzw auf gem § 1 Abs 2 Z 1 PSG unternehmerisch tätige Privatstiftungen anzuwenden ist mE nicht zuzustimmen.

Nicht nachvollziehbar bei dieser Ansicht ist die Befürchtung, durch eine Stiftungerrichtung könnten (auch) die vor Stiftungerrichtung veranlassten Zuwendungen in ein Unternehmen, an dem die Privatstiftung Anteile hält, von der Aufteilung ausgenommen werden, wenn nicht § 91 Abs 2 EheG angewandt werde.<sup>481</sup>

Nach meinem Dafürhalten - nicht zuletzt aufgrund meiner Zustimmung zu den Ansichten *Riedmanns*<sup>482</sup> und *B. Juds*<sup>483</sup> - ist folgende Lösung angebracht:

wird eheliches Gebrauchsvermögen oder werden eheliche Ersparnisse von einem Ehegatten in ein Unternehmen eingebracht oder für selbiges verwendet, an dem dieser

---

<sup>471</sup> *Grave*, Privatstiftung, 17 f.

<sup>472</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 293;

<sup>473</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 293; *Hopf/Kathrein*, Eherecht § 91 Rz 7.

<sup>474</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 293.

<sup>475</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 294.

<sup>476</sup> *Csoklich*, JB 2008, 153 ff.

<sup>477</sup> *Schauer* in *Kathrein & Co* (Hrsg) Stiftungsletter 8/2006 17f.

<sup>478</sup> *N. Arnold*, PSG Einl Rz 29.

<sup>479</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 20.

<sup>480</sup> *Hochedlinger*, SWK 2004, W 181.

<sup>481</sup> Siehe dazu auch unten Punkt IV.A.7.4. Einbringung von Unternehmen oder Unternehmensbestandteilen in eine Privatstiftung.

<sup>482</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 75 f.

<sup>483</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 292 ff.

beteiligt ist, so ist unstrittig § 91 Abs 2 EheG bei Vorliegen der Voraussetzungen<sup>484</sup> anzuwenden und der Wert des Eingebachten oder Verwendeten bei der Aufteilung im Scheidungsverfahren zeitlich unbegrenzt zu berücksichtigen.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob die Anwendung von Abs 1 oder Abs 2 des § 91 EheG geboten erscheint, wenn ein Unternehmen in eine Privatstiftung eingebracht wird, sodass eine Unternehmensträgerstiftung vorliegt und in diese anschließend, dh *nach* Errichtung der Privatstiftung eheliches Gebrauchsvermögen oder Ersparnisse investiert wird.

Meines Erachtens ist auf die Vermögenszufuhr an ein von einer Privatstiftung gehaltenes Unternehmen § 91 Abs 2 EheG nicht anwendbar, da – wie weiter unten erläutert wird – die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vorliegen. Näher zu betrachten ist vielmehr die Bewertung der Vermögensübertragung (Zuwendung an das Unternehmen) *nach* Einbringung des Unternehmens in eine Privatstiftung.

Tatbestandsmerkmal des § 91 Abs 2 EheG ist, dass ein Ehegatte im Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft oder Einbringung der Klage an einem Unternehmen beteiligt ist.<sup>485</sup> Durch die Einbringung des Unternehmens in eine Privatstiftung begibt sich jedoch der Stifter seiner Beteiligung am Unternehmen. Selbiges ist nunmehr der Rechtsträgerin Privatstiftung zuzurechnen, die sozusagen Eigentümerin des ihr zugeordneten Vermögens wird.<sup>486</sup> Daran ändert nach meinem Dafürhalten auch ein vorbehaltenes Gestaltungsrecht des Stifters hinsichtlich der Privatstiftung nichts.

Diese Vermögenswidmung an eine Unternehmensträgerstiftung kann somit nicht unter Abs 2 leg cit subsumiert werden, da die Privatstiftung unstrittig kein Unternehmen ist<sup>487</sup> an dem einem Ehegatten ein Anteil zusteht.<sup>488</sup>

Es bleibt daher bei Einbringung eines Unternehmens in eine Privatstiftung und nachträglicher Widmung ehelichen Gebrauchsvermögen oder Ersparnisse lediglich die Anwendung des § 91 Abs 1 EheG: dies natürlich unter der Voraussetzung, dass die Zuwendung innerhalb der letzten zwei Jahre vor Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft bzw Einbringung der Klage auf Scheidung, Auflösung oder

---

<sup>484</sup> Hinsichtlich des Haltens der Unternehmensbeteiligung wird auf den Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft bzw Einbringung der Klage abzustellen sein; vgl dazu *Csoklich*, JB 2008, 156; *Linder*, GesRZ 2007, 9.

<sup>485</sup> Siehe *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 91 EheG Rz 4 ff.

<sup>486</sup> *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 1 Rz 13; *Bruckner/Fries/Fries*, Familienstiftung, 22.

<sup>487</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 292; *Linder*, GesRZ 2007, 20; *N. Arnold*, PSG Einl Rz 13a; vgl auch *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 1 Rz 5.

<sup>488</sup> Vgl auch *Riedmann*, Privatstiftung, 76.

Nichtigerklärung der Ehe erfolgt ist, ansonsten sie im Aufteilungsverfahren außer Betracht zu bleiben hat.

Wie daher *B. Jud* richtig erläutert, muss auch für Vermögenswidmungen an Unternehmensträgerstiftungen oder unternehmerisch tätige Privatstiftungen § 91 Abs 2 EheG nicht bemüht werden. Man findet mit § 91 Abs 1 EheG das Auslangen.<sup>489</sup>

Dass dieses Ergebnis für die gegenteilige, Abs 2 leg cit anwendende Ansicht unbefriedigend erscheinen mag, da bei zeitlich „geschickter“ Vermögenswidmung länger als zwei Jahre vor Einbringung der Scheidungsklage eine Anrechnung der Widmung unterbleibt, ist in gewisser Weise nachvollziehbar. Behält sich der Stifter jedoch umfangreiche Einflussrechte vor, so beginnt die Frist des § 91 Abs 1 EheG ohnehin nicht zu laufen.

Trotz des Verständnisses für die Gegenmeinung ist mE oben aufgezeigte Lösung richtig, da sie eher dem Wortlaut des Abs 2 leg cit entspricht: Abs 2 leg cit bezieht sich zweifelsohne auf Vermögenswidmungen an Unternehmen und sind Privatstiftungen – wie oben<sup>490</sup> eingehend erläutert – per se keine Unternehmen.

Schon allein aus diesem Grund scheidet die Anwendung des § 91 Abs 2 EheG aus.

Zudem folge ich *B. Jud* auch in ihrem *N. Arnold*<sup>491</sup> widersprechendem Argument, wonach der Gesetzgeber im Jahr 1999, als er durch das EheRÄG 1999<sup>492</sup> den Abs 2 des § 91 EheG neu geschaffen hat, bereits sechs Jahre die Entwicklung des PSG verfolgen konnte und sein Schweigen zur Anwendung des Abs 2 leg cit auf Privatstiftungen eben nicht – wie *N. Arnold*<sup>493</sup> dem Gesetzgeber jedoch unterstellt – als planwidrige Unvollständigkeit zu deuten ist.

Darüber hinaus war im Jahr 1999 die Frage der Berücksichtigung von Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung im Falle der Scheidung des Stifters bereits wissenschaftlich erörtert worden.<sup>494</sup> Unter Anschluss an die Ansicht *B. Juds* ist daher das Vorliegen einer Gesetzeslücke, die eine Analogie rechtfertigen würde, nicht anzunehmen.<sup>495</sup>

---

<sup>489</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 294; vgl auch dazu *Riedmann*, Privatstiftung, 76.

<sup>490</sup> Siehe oben Punkt IV.A.5.3.1. *Die Privatstiftung als Unternehmen?*

<sup>491</sup> *N. Arnold*, PSG Einl Rz 29.

<sup>492</sup> BGBl I Nr. 125/1999.

<sup>493</sup> *N. Arnold*, PSG Einl Rz 29.

<sup>494</sup> *Grave*, Privatstiftung, 17f.

<sup>495</sup> *B. Jud*, GesRZ, 2007, 293.

## 6. Zwischenergebnis

Festzuhalten ist somit, dass jegliche Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung im Falle der Scheidung des Stifters ausschließlich über § 91 Abs 1 EheG bei der Aufteilung im Scheidungsverfahren zu berücksichtigen sind.

## 7. Einbeziehung welcher Werte in das Aufteilungsverfahren?

### 7.1. Allgemeines

Es stellt sich nunmehr die Frage, in welcher Form bzw mit welchem Wert das in die Privatstiftung eingebrachte Vermögen bei der Aufteilung Berücksichtigung finden soll.

### 7.2. Einbeziehung des „Wert des Fehlenden“

Nach der hA<sup>496</sup> ist die Formulierung „Wert des Fehlenden“ des § 91 Abs 1 letzter Halbsatz EheG als eine Fiktion zu verstehen. Danach gilt das Vermögen, das ein Ehegatte in eine Privatstiftung eingebracht hat, diesem als bei der Aufteilung bereits zugekommen.<sup>497</sup>

Das bedeutet, das der Privatstiftung gewidmete Vermögen wird nicht etwa tatsächlich rückübertragen,<sup>498</sup> sondern rechnerisch im Zuge der Aufteilung berücksichtigt.<sup>499</sup>

Solange ausreichendes Vermögen vorhanden ist, kann der sich nach § 91 Abs 1 EheG ergebende Aufteilungsanspruch mit diesem befriedigt werden.<sup>500</sup>

Diffiziler zu beantworten ist die Frage, welche Möglichkeiten dem berechtigten Ehegatten zustehen, wenn sein Anspruch nicht mehr aus Mitteln der Vermögensmasse des verpflichteten Ehegatten gedeckt werden kann, da dieser sein gesamtes Vermögen der Privatstiftung gewidmet hat.

Eine dem § 951 ABGB<sup>501</sup> entsprechende Bestimmung fehlt nämlich im Scheidungsrecht, sodass der berechtigte Ehegatte die Anfechtung der einem Dritten zugekommen Vermögenswerte nicht begehren kann.<sup>502</sup>

---

<sup>496</sup> Bernat in Schwimann, ABGB § 91 EheG Rz 7; Stabentheiner in Rummel, ABGB § 91 EheG Rz 4; OGH 16.03.1988, 1 Ob 520/88 = EFSlg 57.403.

<sup>497</sup> Vgl auch Csoklich, JB 2008, 148; B. Jud, GesRZ 2007, 295; Riedmann, Privatstiftung, 72; Linder, GesRZ 2007, 20.

<sup>498</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 296.

<sup>499</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 296; Csoklich, JB 2008, 148.

<sup>500</sup> Csoklich, RdW 2000, 403.

<sup>501</sup> Dessen Abs 1 besagt: „Wenn bei Bestimmung des Pflichtteiles Schenkungen in Anschlag gebracht werden (§ 785 ABGB), der Nachlass aber zu dessen Deckung nicht ausreicht, kann der verkürzte Noterbe vom

Er ist somit bei der Durchsetzung seines Anspruchs auf das vorhandene, restliche Vermögen des Stifters angewiesen,<sup>503</sup> jedoch kann das Gericht diesfalls unter Zugrundelegen des Anspannungsgrundsatzes,<sup>504</sup> den der OGH<sup>505</sup> auch auf Privatstiftungen überträgt, dem Stifter eine Ausgleichszahlung iSd § 94 EheG auferlegen.<sup>506</sup> Diese ist nach Billigkeitserwägungen festzusetzen und kann auch gem Abs 2 leg cit gestundet oder in Teilbeträgen entrichtet werden.

Dem benachteiligten Ehegatten steht jedoch auch die Anfechtung der Vermögenswidmung nach den § 2 ff Anfechtungsordnung (AnfO) offen. Im Falle der Involvenz des Stifters ist eine Anfechtung durch den Masseverwalter nach der Insolvenzordnung (§§ 27 ff IO) denkbar: selbstverständlich jeweils unter Einhaltung der dort verankerten Voraussetzungen und geltenden Anfechtungsfristen.<sup>507</sup>

Weiters ist ein etwaig vorbehaltenes Widerrufs- und/oder Änderungsrecht des Stifters in Bezug auf die Privatstiftung zu berücksichtigen.<sup>508</sup> Wie weiter oben<sup>509</sup> erläutert unterliegen laut OGH<sup>510</sup> die Gesamtrechte des Stifters gegenüber der Privatstiftung der Exekution nach §§ 331 ff EO, wenn sich der Stifter das Widerrufsrecht vorbehalten hat und zumindest Letztbegünstigter ist, bzw sich ein Änderungsrecht vorbehalten hat.<sup>511</sup>

Diese Gestaltungsrechte dienen somit der Befriedigung eines Ausgleichsanspruches, wobei der anspruchsberechtigte Ehegatte gegenüber seinem Ehepartner Gläubigerstellung erlangt.<sup>512</sup>

---

*Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zur Deckung des Fehlbetrages verlangen. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden.“*

<sup>502</sup> Csoklich, JB 2008, 149; ders, RdW 2000, 403; B. Jud, GesRZ 2007, 296.

<sup>503</sup> Csoklich, JB 2008, 149.

<sup>504</sup> Während aufrechter Ehe müssen sich beide Ehegatten „nach ihren Kräften“ bemühen, einem ihrem Leistungsvermögen entsprechenden Beitrag zum gemeinsamen Eheleben zu leisten. Dieser sog *Anspannungsgrundsatz* wird auch bei Bemessung des nachehelichen Unterhalts bei Scheidung angewandt; Bernat in Schwimann, ABGB § 94 EheG Rz 9; Stabentheiner in Rummel, ABGB § 94 EheG Rz 4; Gitschthaler, ÖJZ 1996, 553.

<sup>505</sup> OGH 23.11.2000, 2 Ob 295/00x = EFSlg 91.858 = SZ 73/179; Hochedlinger, SWK 2004, W 181; B. Jud, GesRZ 2007, 296.

<sup>506</sup> Koziol/Welser, Band I 513 f; Csoklich, JB 2008, 149; B. Jud, GesRZ 2007, 296; Riedmann, Privatstiftung, 72.

<sup>507</sup> Csoklich, RdW 2000, 404; ders, JB 2008, 149; ders, ÖBA 2008, 420; N. Arnold, PSG § 4 Rz 46; Riedmann, Privatstiftung, 90 ff; B. Jud, GesRZ 2007, 290; Bollenberger, Zugriff auf das Stiftungsvermögen durch Gläubiger des Stifters, ecoloX 2006, 641; vgl auch Hochedlinger, SWK 2004, W 182.

<sup>508</sup> Csoklich, JB 2008, 148 f.

<sup>509</sup> Siehe Punkt IV.A.2.2.1. Literatur und Judikatur.

<sup>510</sup> OGH 3 Ob 217/05s und gleich lautend 3 Ob 16/06h, jeweils vom 26.04.2006 = JBI 2007, 106.

<sup>511</sup> Csoklich, ÖBA 2008, 426; ders, JB 2008, 143; B. Jud, GesRZ 2007, 296; Hochedlinger, RdW 2006, 485 f.

<sup>512</sup> Riedmann, Privatstiftung, 72; B. Jud, GesRZ 2007, 296; Csoklich, RdW 2000, 404; Mager, JB 2008, 174 ff.

### 7.2.1. Bewertung und Aufteilungszeitpunkt

Nachdem geklärt wurde, welche Vermögenswerte in die Aufteilung einzubeziehen sind, gilt es nunmehr herauszufinden, mit welchem Wert zu welchem Zeitpunkt diese Vermögenswidmungen zu berücksichtigen sind; va ob zwischenzeitig eingetretene Wertveränderungen, wie etwa Wertsteigerungen des gewidmeten Vermögens oder aus dem gestifteten Vermögen erzielte Erträge, in die Aufteilung mit einfließen.

Der Gesetzeswortlaut sagt nichts darüber aus, zu welchem Zeitpunkt der Wert der aufzuteilenden Vermögensmasse zu ermitteln ist.

Nach *einhelliger Lehre*<sup>513</sup> ist unter dem „Wert des Fehlenden“ der gemeine Wert zu verstehen, den der Vermögensgegenstand zum Zeitpunkt der Aufteilung hätte. Somit finden auch Wertveränderungen zwischen der Einbringung in die Stiftung und der Aufteilung Berücksichtigung.<sup>514</sup>

Fraglich sei nach *B. Jud.*<sup>515</sup> ob auf die in die Privatstiftung eingebrachten Vermögenswerte oder auf jene, die bei Auflösung der Ehe von der Privatstiftung gehalten werden abzustellen ist. Es sei zu differenzieren, ob sich der Stifter hinsichtlich der Privatstiftung Einflussrechte vorbehalten oder sich – gemäß der Vermögensopfertheorie – seines Einflusses endgültig begeben habe; ob die in die Privatstiftung eingebrachten Vermögenswerte in dieser noch vorhanden seien oder veräußert und gegebenenfalls reinvestiert wurden.

#### 7.2.1.1. Vorhandene Vermögenswerte und Wertveränderungen

In Übereinstimmung mit *Riedmann*<sup>516</sup> stellt *B. Jud.*<sup>517</sup> auf das der Privatstiftung gewidmete Vermögen ab, da um diesen Vermögenswert die ehelichen Ersparnisse oder das Gebrauchsvermögen verringert worden seien. Dies gelte jedenfalls dann, wenn dieser Vermögenswert im Aufteilungszeitpunkt noch in der Privatstiftung vorhanden ist.<sup>518</sup>

---

<sup>513</sup> *Bernat* in *Schwimann*, ABGB, § 91 EheG Rz 6; *Hopf/Kathrein*, Eherecht § 91 Rz 6; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner* (Hrsg), ABGB § 91 EheG E 4; vgl auch *B. Jud.*, GesRZ 2007, 296; *Csoklich*, JB 2008, 150; *Linder*, GesRZ 2007, 9.

<sup>514</sup> *Csoklich*, JB 2008, 150; *B. Jud.*, GesRZ 2007, 296; *Linder*, GesRZ 2007, 9; *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 24; *ders* in *Schwimann*, ABGB § 91 EheG Rz 6.

<sup>515</sup> *B. Jud.*, GesRZ 2007, 296.

<sup>516</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 72.

<sup>517</sup> *B. Jud.*, GesRZ 2007, 296.

<sup>518</sup> *B. Jud.*, GesRZ 2007, 297.

Hinsichtlich des Wertes des Vermögens sei – wie von der hA vertreten – der Verkehrswert im Zeitpunkt der Aufteilung<sup>519</sup> maßgebend, sodass auch zufällige Wertveränderungen Berücksichtigung fänden. Es habe sich der verkürzende Ehegatte so behandeln zu lassen, als hätte er die Verfügung nicht getroffen.<sup>520</sup>

Die Frage der Bewertung von Wertveränderungen, die nicht auf „Zufall“ beruhen, sondern durch besonderes Zutun der Stiftungsorgane eintreten, löst *B. Jud* mit der bei der Schenkungsanrechnung nach § 785 ABGB anzuwendenden „Sphärentheorie“: danach sei zu prüfen, ob die Wertveränderung auf den Zuwendungsempfänger zurückzuführen ist oder auch bei Verbleiben der Sache beim Erblasser eingetreten wäre.<sup>521</sup>

Diesem Lösungsansatz schließt sich *Csoklich*<sup>522</sup> an, wobei jedoch beide Autoren eine Differenzierung bei Anwendung dieses Grundsatzes auf die Privatstiftung vornehmen: behält sich der Stifter Einfluss- oder Gestaltungsrechte hinsichtlich der Privatstiftung vor, so sei es unbillig und sachlich nicht gerechtfertigt, Wertsteigerungen, die auf den Stifter zurückzuführen sind, der Sphäre des Empfängers (= Privatstiftung) zuzurechnen und im Aufteilungsverfahren nicht zu berücksichtigen. Daher seien diesfalls Wertveränderungen, die auf den Stifter zurückzuführen und daher seiner Sphäre zuzuordnen sind, bei der Aufteilung zu beachten und erhöhten den Aufteilungsanspruch des Ehegatten des Stifters entsprechend.<sup>523</sup> Sie fänden daher bei der Bewertung des Fehlenden nach § 91 Abs 1 EheG so Berücksichtigung, als ob sie vom stiftenden Ehegatten selbst vorgenommen worden wären.<sup>524</sup>

#### 7.2.1.2. Veräußerte und eventuell reinvestierte Vermögenswerte

Wie aber verhält es sich mit Vermögenswerten, die in die Privatstiftung eingebracht, von dieser jedoch in weiterer Folge veräußert und womöglich reinvestiert wurden?

Es ist iZm einer Veräußerung der gewidmeten Vermögensgegenstände zu klären, ob der an die Stelle des gewidmeten Vermögensgegenstandes getretene Vermögensgegenstand in die Aufteilung einzubeziehen ist.<sup>525</sup>

---

<sup>519</sup> *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB § 91 Rz 6.

<sup>520</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 297; *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB § 81 Rz 24; vgl OGH 29.11.1984, 7 Ob 515/84 = JBI 1986, 116.

<sup>521</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 297; vgl auch *Umlauf*, Anrechnung, 250.

<sup>522</sup> *Csoklich*, JB 2008, 150.

<sup>523</sup> *Csoklich*, JB 2008, 150; *B. Jud*, GesRZ 2007, 297.

<sup>524</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 297.

<sup>525</sup> *Csoklich*, JB 2008, 151.

Ob in dieser Situation der eingebrachte Vermögenswert oder der Veräußerungserlös in die Aufteilung einbezogen werden soll, klärt *Schauer*<sup>526</sup> unter Anwendung des sog *Surrogationsprinzips* auf Privatstiftungen. Nach den Intentionen des Gesetzgebers soll der nahehelichen Verteilung nur jenes Vermögen unterliegen, das die Ehegatten gemeinsam geschaffen und zu dessen Erwerb sie während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft beigetragen haben.<sup>527</sup> Nach dem, iZm § 82 EheG entwickelten Surrogationsprinzip, sind auch solche Sachen von der Aufteilung ausgenommen, die an Stelle einer ausgenommenen Sache (= Surrogat) in das Vermögen des Ehegatten treten.<sup>528</sup>

Soweit eine Sache überhaupt potentieller Gegenstand der Aufteilung ist, so ändere sich daran grundsätzlich nichts, wenn die Sache veräußert wird oder untergeht und durch eine andere Sache ersetzt wird. Umgekehrt verhalte es sich ebenso.<sup>529</sup>

Nach *Stabentheiner*<sup>530</sup> gelte dies jedenfalls für die Zeit der klaren Abgrenzung des Surrogats vom sonstigen Gebrauchsvermögen und den ehelichen Ersparnissen und solange von den Ehegatten keine Umwidmung vorgenommen worden sei.

Bei der Privatstiftung stelle sich jedoch nach *B. Jud*<sup>531</sup> die Frage, wie der Umstand rechtlich zu qualifizieren sei, dass ein dritter Zuwendungsempfänger, eben die Privatstiftung, erhaltene Vermögenswerte veräußert und von diesem Erlös womöglich andere Vermögenswerte erwirbt.

*B. Jud* - unter Zustimmung *Csoklichs*<sup>532</sup> - wendet auch diesfalls das Surrogationsprinzip an, jedoch wiederum<sup>533</sup> unter der Differenzierung des Vorbehalts oder Nichtvorbehalts von Einflussrechten auf die Privatstiftung.<sup>534</sup>

Bei Vorliegen eines Einflussrechtes auf die Privatstiftung dergestalt, dass von einem endgültigen Vermögensopfer nicht gesprochen werden kann, sei eine Veränderung der Vermögenswerte der Privatstiftung zu berücksichtigen.<sup>535</sup> Es werde die Fiktion der Nichterrichtung der Privatstiftung aufgestellt,<sup>536</sup> sodass der Wert des Surrogats zum Zeitpunkt der Aufteilung in die Berechnung des Aufteilungsanspruches einzubeziehen sei.<sup>537</sup>

Habe sich demgegenüber der Stifter endgültig seines Vermögens begeben (Vermögensopfertheorie), sei vom Wert des gewidmeten Vermögens auszugehen, auch wenn dieses von der Privatstiftung veräußert wurde und demnach nicht mehr in der

---

<sup>526</sup> *Schauer* in *Kathrein & Co* (Hrsg) *Stiftungsletter* 8/2006 17 f.

<sup>527</sup> *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB § 82 EheG Rz 16; *B. Jud*, GesRZ 2007, 298.

<sup>528</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 298.; *Linder*, GesRZ 2007, 10; vgl auch *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB § 82 EheG Rz 16 f; *Hopf/Kathrein*, Eherecht § 82 Rz 9;

<sup>529</sup> *Schauer* in *Kathrein & Co* *Stiftungsletter* 8/2006 17 f.

<sup>530</sup> *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB § 82 EheG Rz 8.

<sup>531</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 298.

<sup>532</sup> dazu siehe auch *Csoklich*, JB 2008, 151.

<sup>533</sup> Vgl oben Punkt IV.A.7.2.1.1. *Vorhandene Vermögenswerte und Wertveränderungen*.

<sup>534</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 298.

<sup>535</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 298.

<sup>536</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 298.

<sup>537</sup> *Csoklich*, JB 2008, 151.

Privatstiftung vorhanden ist. Dieser eingebrachte Vermögenswert werde mit dem Wert zum Zeitpunkt der Aufteilung berücksichtigt, auch wenn er in der Privatstiftung nicht mehr vorhanden sei.<sup>538</sup> Die Situation wäre vergleichbar mit einer Schenkung an Dritte: auch hier sei irrelevant, wie der Dritte mit der Sache in der Zwischenzeit verfahren ist.<sup>539</sup>

### 7.2.1.3. Stellungnahme und eigene Ansicht

Es ist *B. Jud*<sup>540</sup> und *Riedmann*<sup>541</sup> darin zuzustimmen, dass sie an das der Privatstiftung gewidmete Vermögen zum Verkehrswert im Aufteilungszeitpunkt anknüpfen, sofern sich dieser Vermögenswert zum Zeitpunkt der Aufteilung noch in der Privatstiftung befindet. Logisch wird diese Ansicht mit der Verringerung der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Gebrauchsvermögens um diesen Vermögenswert begründet.

Hinsichtlich der Bewertung von Wertveränderungen, die nicht ohne Zutun eintreten, wenden og. Autoren die sog „*Sphärentheorie*“ an. Dies erscheint mE insofern konsequent und gerecht, als dadurch eine Wertveränderung basierend auf dem Einfluss des Stifters berücksichtigt wird.

Hat sich der Stifter Einfluss- oder Gestaltungsrechte im Hinblick auf die Stiftung vorbehalten, so ist ihm eine Wertveränderung, insb eine Wertsteigerung (womöglich) eben aufgrund seines Einflusses auf die Geschäfte der Stiftung zuzurechnen. Fände diesfalls die Wertsteigerung im Aufteilungsverfahren keine Berücksichtigung, so führte dies zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass sich der Stifter durch eine Vermögensauskehr an ihn diese Wertsteigerung wiederum zueignen könnte. Der andere Ehegatte wäre in einer derartigen Situation doppelt benachteiligt: zum einen hat sein Ehegatte das eheliche Gebrauchsvermögen oder die Ersparnisse durch deren Widmung an eine Privatstiftung verringert und dadurch auch die Aufteilungsmasse geschmälert; zum anderen profitierte der Stifter durch die Wertsteigerung, als ihm diese, zB als Letztbegünstigter zukommen könnte.

Nach meinem Dafürhalten und Gerechtigkeitsempfinden<sup>542</sup> kann diese Situation von der Rechtsordnung nicht gewünscht sein, sodass die Berücksichtigung der Wertsteigerung, basierend auf des Stifters´ Einfluss, im Aufteilungsverfahren mehr als geboten erscheint und sich dadurch der Aufteilungsanspruch des anderen Ehegatten entsprechend erhöht.<sup>543</sup>

Es findet demnach die Bewertung des Fehlenden gem § 91 Abs 1 EheG dergestalt Berücksichtigung, als wäre die Wertsteigerung vom Stifter selbst vorgenommen worden.

---

<sup>538</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 298; *Csoklich*, JB 2008, 151.

<sup>539</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 298.

<sup>540</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 296.

<sup>541</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 72.

<sup>542</sup> So offenbar auch *B. Jud*, JB 2008, 298 und *Csoklich*, JB 2008, 151.

<sup>543</sup> *Csoklich*, JB 2008, 150; *B. Jud*, GesRZ 2007, 297.

Die Anwendung des „*Surrogationsprinzips*“ zur Klärung der Frage, ob das gewidmete Vermögen oder der Veräußerungserlös als Surrogat in die Aufteilung einbezogen werden soll – wie es *Schauer*<sup>544</sup> vornimmt – ist offenbar unstrittig<sup>545</sup> zutreffend.

Die Frage hinsichtlich der Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung des an Stelle des gewidmeten Vermögens tretenden Surrogats ist wiederum mit den Vorschlägen *B. Juds* und *Csoklichs* zu lösen.

Im Falle des Vorbehalts eines Einflussrechts, das das Eintreten eines endgültigen Vermögensopfers ausschließt, wird der Wert des Surrogats im Zeitpunkt der Aufteilung in die Aufteilungsmasse miteinbezogen. Dies ist wiederum erklärbar mit der möglichen Einflussnahme des Stifters auf die Geschäftstätigkeit der Stiftung.

Durch die Einbeziehung des Werts des Surrogats im Aufteilungszeitpunkt werden Wertveränderungen berücksichtigt: das eingebrachte Vermögen wird in den meisten Fällen im Laufe der Zeit an Wert zunehmen, sodass der durch den Verkauf erzielte Erlös im Verhältnis zum Wert des Vermögensgegenstandes zum Einbringungszeitpunkt gewinnbringend ist. Hat sich nun der Stifter Einflussrechte vorbehalten, so könnte dieser wirtschaftlich vorteilhafte Verkauf letztendlich wiederum ihm selbst zu gute kommen. Auch diesfalls wäre der andere Ehegatte – wie oben bereits erwähnt – doppelt benachteiligt.

Eine Berücksichtigung des Surrogats erscheint somit geboten.

Bei Vorliegen eines endgültigen Vermögensopfers, also bei Nichtvorliegen etwaiger Einflussrechte ist umgekehrt der Wert des gewidmeten Vermögens im Zeitpunkt der Aufteilung zu berücksichtigen. Diesfalls hat der Stifter keinen Einfluss auf eine etwaige Werterhöhung des gestifteten Vermögens, sodass ihm eine solche auch nicht zurechenbar ist.

Abschließend ist daher festzuhalten, dass Wertveränderungen des gewidmeten Vermögens, sofern diese auf einer Einflussnahme des Stifters beruhen, im Aufteilungsverfahren berücksichtigt werden. Das an Stelle des gewidmeten Vermögens tretende Surrogat ist bei vorbehaltenen Einflussrechten zum Zeitpunkt der Aufteilung zu berücksichtigen. Bei Erbringen eines Vermögensopfers durch den Stifter ist hingegen der Wert des eingebrachten Vermögens im Aufteilungszeitpunkt einzubeziehen.

---

<sup>544</sup> *Schauer* in *Kathrein & Co* (Hrsg) *Stiftungsletter* 8/2006 17 f.

<sup>545</sup> Vgl. *B. Jud*, *GesRZ* 2007, 298; *Stabentheiner* in *Rummel*, *ABGB* § 82 *EheG Rz* 8; *Csoklich*, *JB* 2008, 151.

### 7.3. Einbringung von ehelichen Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen in ein Unternehmen

§ 82 EheG zählt jene Vermögenswerte auf, die der Aufteilung im Scheidungsverfahren entzogen sind.

Ua sind dies unstrittig<sup>546</sup> Sachen, die zu einem Unternehmen gehören (Z 3) und Anteile an einem Unternehmen (Z 4).

Unter Z 4 leg cit fallen etwa GmbH-Anteile, Aktien, Anteile an einer Genossenschaft, Personengesellschaften, GesBR oder die Einlage eines stillen Gesellschafters.<sup>547</sup>

Wie ist jedoch eine Widmung von ehelichem Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen an ein Unternehmen, das der Aufteilung entzogen ist, zu qualifizieren?

Im Vorfeld der Klärung dieser Frage sollen die Z 3 und Z 4 des § 82 Abs 1 EheG näher zur Kenntnis gebracht werden.

#### 7.3.1. Die Ratio der Ausnahmen des § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG

Bereits unter Punkt IV.A.5.3.1. *Die Privatstiftung als Unternehmen?* wurde der Grund für og und Ausnahmen erläutert, nämlich um den Bestand von Betrieben und Arbeitsplätzen zu sichern.<sup>548</sup> Es sei jedoch erwähnt, dass das Gesetz dabei von einer generalisierenden Betrachtungsweise ausgeht und daher die Exemption og Sachen aus der Aufteilung auch dann gewährt, wenn im konkreten Fall keine Gefährdung des Unternehmens oder der Arbeitsplätze zu befürchten ist.<sup>549</sup>

Z 4 leg cit macht jedoch die Einbeziehung im Aufteilungsverfahren von der Qualifikation des Unternehmensanteiles abhängig: handelt es sich um eine bloße Wertanlage, dann zählt diese gewöhnlich zu den Ersparnissen, die aufzuteilen sind.<sup>550</sup>

Von einer bloßen Wertanlage iSd § 82 Abs 2 Z 4 EheG ist dann die Rede, wenn mit dem Unternehmensanteil keine Mitwirkung an der Unternehmensführung oder kein sonstiger Einfluss auf das Unternehmen verbunden ist.<sup>551</sup>

<sup>546</sup> Vgl Riedmann, Privatstiftung, 66 f; Hochedlinger, SWK 2004, W181; B. Jud, GesRZ 2007, 290; Linder, GesRZ 2007, 10; Csoklich, RdW 2000, 404.

<sup>547</sup> Linder, GesRZ 2007, 16; Stabentheiner in Rummel, ABGB § 82 EheG Rz 11.

<sup>548</sup><sup>548</sup> Bernat in Schwimann, ABGB § 82 EheG Rz 12.; siehe auch Linder, GesRZ 2007, 11; B. Jud, GesRZ 2007, 290 (insbes 299).

<sup>549</sup> OGH 2.03.1988, 3 Ob 595/87, 3 Ob 596/87; Linder, GesRZ 2007, 11 (20).

<sup>550</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 298; Linder, GesRZ 2007, 17; Bernat in Schwimann, ABGB § 82 EheG Rz 11; Hopf/Kathrein, Eherecht § 82 Rz 19; Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB § 82 EheG E 28.

<sup>551</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 298; vgl Bernat in Schwimann, ABGB § 82 EheG Rz 11; Stabentheiner in Rummel, ABGB § 82 EheG Rz 11.

Richtigerweise kann in der Herausnahme des Unternehmens aus dem aufzuteilenden Vermögen eine Art Ungleichbehandlung von Unternehmern und Nichtunternehmern dahingehend gesehen werden, als erstere durch Investitionen das der Aufteilung unterliegende Vermögen gering halten können, jedoch zweitens nur die Möglichkeit der Bildung von Ersparnissen bleibt, die dann wiederum im Aufteilungsverfahren mit dem Partner zu teilen sind.<sup>552</sup> Diesen Umstand hat der Gesetzgeber jedoch offenbar kommentarlos hingenommen.

Kommt es zur Mitwirkung des Ehegatten im Unternehmen des anderen, so führt dies nicht zur Anwendung der §§ 81ff EheG, sondern der §§ 98ff EheG, wonach es zu einer angemessenen Abgeltung der Mitwirkung im Erwerb des andern kommt.<sup>553</sup>

Entsprechend den Ausführungen in Punkt IV.A.7.2.1. *Bewertung und Aufteilungszeitpunkt* hinsichtlich Wertveränderungen des eingebrachten Vermögens, ist der Eintritt selbiger zwischen Einbringung und Aufteilung zu berücksichtigen, sofern sie durch Zufall eintreten oder der Sphäre des Stifters zuzuordnen sind.<sup>554</sup>

Derartige Vermögenswidmungen sind schon nach dem Gesetzeswortlaut gem § 91 Abs 2 EheG im Scheidungsverfahren zu berücksichtigen.<sup>555</sup>

#### **7.4. Einbringung von Unternehmen oder Unternehmensanteilen in eine Privatstiftung**

Anders als unter Punkt IV.A.5.3.5. *Stellungnahme und eigene Ansicht*, bei welchem die Frage diskutiert wurde, wie Vermögenswidmungen an ein von einer Privatstiftung gehaltenes Unternehmen zu beurteilen sind, soll an dieser Stelle die Einbringung des Unternehmens in eine Privatstiftung an sich beurteilt werden.

§ 91 Abs 1 EheG findet schon seinem Wortlaut nach auf diese Problematik keine Anwendung, denn Voraussetzung ist, dass eheliches Gebrauchsvermögen oder eheliche Ersparnisse verringert werden. Da Sachen, die zu einem Unternehmen gehören, Unternehmensanteile als solche und – argumentum a minori ad maius<sup>556</sup> – das Unternehmen selbst bereits nach § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG ex lege nicht der Aufteilung

---

<sup>552</sup> Koziol/Welser, Band I 508.

<sup>553</sup> Koziol/Welser, Bank I 508; Deixler/Hübner, Scheidung, 116.

<sup>554</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 299.

<sup>555</sup> Näheres zu § 91 Abs 2 EheG siehe oben Punkt III.B.3.6.2. *Der § 91 Abs 2 EheG im Detail*.

<sup>556</sup> Bernat in Schwimann, ABGB § 82 EheG Rz 10.

unterliegen, wird durch eine entsprechende Einbringung in eine Privatstiftung die Aufteilungsmasse nicht verringert.<sup>557</sup>

Hat dies nunmehr die Außerachtlassung derartiger Unternehmen oder Unternehmensanteile beim Aufteilungsverfahren zur Folge?

Bevor diese Frage untersucht wird werden die Motive des Stifters für die Einbringung von Unternehmensanteilen in eine Privatstiftung erläutert.

#### 7.4.1. Motive des Stifters für die Einbringung

Bei näherer Betrachtung könnte die Frage auftauchen, weshalb der Stifter überhaupt Geschäftsanteile einer Privatstiftung widmet, wo selbige doch ex lege von der Aufteilung ausgenommen sind und deshalb eine „*Verschiebung*“ auf den ersten Blick überhaupt nicht notwendig erscheint.

Der Grund für die Übertragung von Geschäftsanteilen liegt nach der Ansicht *Hochedlingers*,<sup>558</sup> welcher nach meinem Dafürhalten zuzustimmen ist, ua im Zusammenhalt und Fortbestand des Unternehmens. Wie weiter unten im *Exkurs: Die Familienstiftung (Versorgungsstiftung)*<sup>559</sup> erläutert wird, zählt zum Nachlassvermögen<sup>560</sup> auch das dem Stifter gehörende Unternehmen oder seine Anteile an einem Unternehmen. Es ist daher eine Zerschlagung eines Unternehmens durch das österreichische Erb- und Pflichtteilsrecht nicht auszuschließen.

Um diesem Szenario zu entgehen, erscheint dem Stifter – oft wohl als letzter Ausweg – die Errichtung einer Privatstiftung mit anschließender Einbringung des Unternehmens als optimale Lösung, um den Bestand des Unternehmens für längere Zeit zu sichern.<sup>561</sup>

Im Falle eines minderjährigen Erben der Geschäftsanteile wären Entscheidungen der Gesellschafter im Unternehmen stets nur nach Zustimmung des Pflegschaftsgerichtes zu treffen. Eine „*Lähmung*“ des Geschäftsbetriebes würde sich diesfalls abzeichnen.<sup>562</sup>

---

<sup>557</sup> B. Jud, GesRZ 2007, 299.

<sup>558</sup> Hochedlinger, SWK 2004, W 179 f.

<sup>559</sup> Unten Punkt VI. *Exkurs: Die Familienstiftung (Versorgungsstiftung)*.

<sup>560</sup> Eccher in Schwimann, ABGB § 531 Rz 1 ff; Koziol/Welser, Band II 445 ff; Welser in Rummel, ABGB § 531 ABGB Rz 1 ff.

<sup>561</sup> Hochedlinger, SWK 2004, W 179.

<sup>562</sup> Hochedlinger, SWK 2004, W 180.

Oftmals sind potentielle Erben aber überhaupt nicht an der Übernahme des Familienbetriebes interessiert und veräußern ihre ererbten Anteile an vermeintliche Bestbieter. Die Einbringung des Unternehmens oder der Anteile in eine Privatstiftung kann davor schützen.<sup>563</sup>

Wie vorliegende Arbeit zeigt sind natürlich auch andere familienrechtliche Überlegungen von Bedeutung, wie etwa (der Versuch der) Umgehung von Unterhaltspflichten<sup>564</sup> oder Aufteilungsansprüchen.<sup>565</sup>

#### 7.4.2. Literatur

Das Außerachtlassen von Unternehmen und –anteilen, sofern sie keine bloßen Wertanlagen darstellen, sowie Sachen, die zu einem Unternehmen gehören ist aufgrund des Gesetzeswortlautes des § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG unstrittig.

Unter Anwendung des Surrogationsprinzips, welches nach *Linder*<sup>566</sup> grundsätzlich auch auf Unternehmen anwendbar sei, jedoch durch die Umwidmung von Ehevermögen zu Unternehmensvermögen durchbrochen werde und somit diesfalls nicht gelte, bleibe ein Unternehmen, das mit Ersparnissen erworben wurde von der Aufteilung deswegen ausgenommen, weil die Ersparnisse zu Unternehmensvermögen umgewidmet worden seien. Er erwägt allenfalls eine analoge Anwendung des § 91 Abs 2 EheG<sup>567</sup> und schließt sich damit der sogleich im Anschluss besprochenen Ansicht *Csoklichs*<sup>568</sup> an.

*Csoklich*<sup>569</sup> bezieht Unternehmensbestandteile bzw. Unternehmensanteile, die keine bloßen Wertanlagen sind, nicht in die Aufteilung mit ein;<sup>570</sup> selbst dann nicht, wenn sie einer Privatstiftung gewidmet wurden und sich der Stifter wesentliche Einflussrechte vorbehalten hat. Er begründet dies damit, dass – aufgrund des § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG – auch ohne Einbringung in eine Privatstiftung diese Vermögenswerte bei der Aufteilung keine Berücksichtigung fänden.

---

<sup>563</sup> *Hochedlinger*, SWK 2004, W 180.

<sup>564</sup> Siehe dazu ausführlich unten Punkt IV. B. *Nachehelicher Unterhalt bei Scheidung des Stifters*.

<sup>565</sup> Siehe dazu ausführlich oben Punkt IV.A. *Aufteilung bei Scheidung des Stifters*.

<sup>566</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 10.

<sup>567</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 20.

<sup>568</sup> *Csoklich*, RdW 2000, 404.

<sup>569</sup> Wenn auch grundsätzlich Wiederholungen in der Arbeit unterbleiben sollen, wird an dieser Stelle, zwecks Vollständigkeit der Wiedergabe der Literaturmeinungen nochmals *Csoklichs* Ansicht wiedergegeben; vgl auch schon oben unter Punkt IV.A.5.3.4. *Literatur*; *Csoklich*, JB 2008, 151; *ders*, RdW 2000, 404.

<sup>570</sup> So ua auch *Hochedlinger*, SWK 2004, W 181.

Wurde das Unternehmen in eine Privatstiftung eingebracht, so trete an die Stelle der früheren Unternehmensbeteiligung kein adäquater Vermögenswert.<sup>571</sup> Es müsse daher zu einer Anwendung des § 91 Abs 2 EheG auch auf Unternehmensträgerstiftungen kommen,<sup>572</sup> da ansonsten die vor Errichtung der Stiftung, aber während der Ehe getätigten Zuwendungen aus ehelichem Gebrauchsvermögen und ehelichen Ersparnissen an das Unternehmen keine Berücksichtigung im Aufteilungsverfahren fänden und daher die unbefristete Anrechnung des § 91 Abs 2 EheG obsolet würde.

*Csoklich* fragt nach der sachlichen Rechtfertigung einerseits der Berücksichtigung einer Vermögenszufuhr in ein Unternehmen (gem §§ 82, 91 Abs 2 EheG) ohne nachträglicher Stiftungerrichtung und andererseits der Außerachtlassung von Vermögenswidmungen direkt in ein der Privatstiftung gehörendes Unternehmen im Aufteilungsverfahren.<sup>573</sup> Es sei daher eine Vermögenswidmung an ein während aufrechter Ehe in eine Privatstiftung eingebrachtes Unternehmen – bei Vorliegen von Einflussrechten des Stifters auf die Stiftung – in die Aufteilung einzubeziehen. Eine andere als diese Lösung ist für *Csoklich* nicht denkbar.<sup>574</sup>

Durch nachträgliche Einbringung von Unternehmensbeteiligungen in eine Privatstiftung könne zwar nicht die Anrechnung der zuvor getätigten Zuwendungen vermieden werden; sachlich ungerechtfertigt sei jedoch, so *Csoklich* weiter, dass die Anrechnung späterer Vermögenswidmungen dadurch vermieden werden könne, dass diese über die Privatstiftung oder direkt in das Unternehmen geleitet werden.<sup>575</sup>

Er gelangt somit zu dem Ergebnis, dass Zuwendungen von ehelichem Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen an Privatstiftungen, auf die der Stifter noch aufgrund vorbehaltener Einflussrechte einwirken kann und die Unternehmensbeteiligungen halten oder gem § 1 Abs 2 Z 1 PSG unmittelbar unternehmerisch tätig sind, gem § 91 Abs 2 EheG im Aufteilungsverfahren zu berücksichtigen sind<sup>576</sup> und widerspricht damit *B. Jud*, die auf Unternehmensträgerstiftungen ebenfalls § 91 Abs 1 EheG anwendet.<sup>577</sup>

Kann jedoch die Übertragung von Vermögen an eine Privatstiftung mit einer Zuwendung an Dritte verglichen werden,<sup>578</sup> was *Csoklich* bei Erbringen des völligen Vermögensopfers bejaht, so wendet er auf derartige Vermögenswidmungen bei Vorliegen

---

<sup>571</sup> *Csoklich*, JB 2008, 156.

<sup>572</sup> *Csoklich*, JB 2008, 156.; vgl dazu bereits ausführlich oben Punkt IV.A.5.3.4. *Literatur*.

<sup>573</sup> § 91 Abs 2 EheG kommt diesfalls mangels Vorliegen seiner Voraussetzungen nicht zur Anwendung; *Csoklich*, JB 2008, 156.

<sup>574</sup> *Csoklich*, JB 2008, 156 f.

<sup>575</sup> *Csoklich*, JB 2008, 156 f.

<sup>576</sup> *Csoklich*, JB 2008, 157.

<sup>577</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 294.

<sup>578</sup> *Csoklich* wählt dafür das Beispiel der Förderung einer Kirche als Stiftungszweck: JB 2008, 157.

der Voraussetzungen § 91 Abs 1 EheG an. Eine Analogie zu § 91 Abs 2 EheG scheidet diesfalls aus.<sup>579</sup>

*B. Jud*<sup>580</sup> geht bei ihrer Betrachtung gedanklich einen Schritt zurück und setzt beim Erwerb des Unternehmens bzw der Vermögenswidmung an derartige Unternehmen bzw Unternehmensanteile an.

Wurde ein Unternehmen oder Unternehmensanteile mit ehelichem Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen erworben oder letztere in ein Unternehmen eingebracht und für dieses verwendet, so sei das Eingebrachte nach § 91 Abs 2 EheG bei der Aufteilung zu berücksichtigen.<sup>581</sup> Da hier an die ursprüngliche Vermögensverringerung (Einbringung des ehelichen Gebrauchsvermögens oder der ehelichen Ersparnisse in ein Unternehmen)<sup>582</sup> angeknüpft werde, stünde dieses Ergebnis auch nicht mit ihrer Ansicht im Widerspruch, wonach auf Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung lediglich der Abs 1 des § 91 EheG Anwendung finde.<sup>583</sup>

#### 7.4.3. Stellungnahme und eigene Ansicht

In Entsprechung des Gesetzeswortlautes herrscht unter sämtlichen Autoren hinsichtlich der Anwendung des § 91 Abs 2 EheG bei Widmung ehelichen Gebrauchsvermögens oder ehelicher Ersparnisse an ein Unternehmen Einigkeit und bedarf sohin keiner näheren Erörterung.<sup>584</sup>

Der Anwendung des Surrogationsprinzips<sup>585</sup> auf Unternehmen bzw dessen Durchbrechung bei Umwidmung von Ehevermögen zu Unternehmensvermögen oder umgekehrt, wie *Linder*<sup>586</sup> aufzeigt, stimme ich zu, da logisch nachvollziehbar.

*Linder*<sup>587</sup> wendet zwar in weiterer Folge § 91 Abs 2 EheG analog auf unternehmerische Privatstiftungen an,<sup>588</sup> berücksichtigt jedoch im Konkreten nicht die Problematik der Einbringung eines mit ehelichem Gebrauchsvermögen erworbenen Unternehmens in eine Privatstiftung. Dies ist mE jedoch für die Klärung der Frage, welche Vermögenswerte im Aufteilungsverfahren Berücksichtigung finden (sollen) wesentlich.

---

<sup>579</sup> *Csoklich*, JB 2008, 157 (158).

<sup>580</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299.

<sup>581</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299.

<sup>582</sup> Anm der Autorin.

<sup>583</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299.

<sup>584</sup> Näheres zu § 91 Abs 2 EheG siehe oben Punkt IV.A.5.3. *Der § 91 Abs 2 EheG im Detail*.

<sup>585</sup> Siehe dazu ausführlich oben Punkt IV.A.7.2.1.2. *Veräußerte und eventuell reinvestierte Vermögenswerte*.

<sup>586</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 10.

<sup>587</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 20.

<sup>588</sup> Vgl auch oben Punkt IV.A.5.3.4. Literatur.

Die Kritik *Csoklichs*<sup>589</sup> an der Nichtbeachtung von Vermögenswidmungen direkt in ein von der Privatstiftung gehaltenes Unternehmen im Aufteilungsverfahren bei Nichtanwendung des § 91 Abs 2 EheG auf Unternehmensträgerstiftungen ist grundsätzlich nachvollziehbar und verständlich.

Es mutet in der Tat seltsam an, dass eine Vermögenswidmung in ein Unternehmen ohne dessen nachträgliche Einbringung in eine Privatstiftung gem § 91 Abs 2 EheG nicht folgenlos bleibt. Wird jedoch das Unternehmen anschließend in eine Privatstiftung eingebracht, so hätte diesfalls die Vermögenszufuhr außer Acht zu bleiben. Dieses Ergebnis wird selbst einem juristischen Laien unverständlich und ungerecht erscheinen.

Auch ich spreche mich dagegen aus, dass ein Ehegatte die Anrechnung seiner Vermögenszufuhr in ein Unternehmen durch Einbringung des selbigen in eine Privatstiftung ohne weiteres ausschließen können soll.

Bei vorbehaltenen Einflussrechten wäre – wie *Csoklich* es vorschlägt – die Anwendung des § 91 Abs 2 EheG denkbar.<sup>590</sup>

Dennoch ist mE auch bei dieser Problematik der Lösung *B. Juds*<sup>591</sup> der Vorzug zu geben. Es bedarf keines komplizierten Konstrukts, um ob erwähnte Vermögenswidmungen im Aufteilungsverfahren zu berücksichtigen.

Im Ergebnis sind sich *Csoklich* und *B. Jud* einig, als die Anwendung des § 91 Abs 2 EheG bei beiden Autoren bejaht wird; die Begründung jedoch könnte ungleicher nicht sein.

*Csoklich* befürchtet durch die Nichtanwendung des § 91 Abs 2 EheG auf Unternehmensträgerstiftungen eine Vermeidung der Anrechnung von früher, dh vor Stiftungerrichtung getätigten Vermögenswidmungen an ein später in die Privatstiftung eingebrachtes Unternehmen. Diese Befürchtung ist jedoch unbegründet.

Meines Erachtens ist folgende Lösung angebracht:

Vor Augen zu halten ist, dass die Anrechnung der Einbringung eines Unternehmens in eine Privatstiftung weder über Abs 1 noch über Abs 2 des § 91 EheG erfolgen kann.

§ 91 Abs 1 EheG verlangt die Verringerung ehelichen Gebrauchsvermögens oder ehelicher Ersparnisse. Wie bereits desöfteren erwähnt<sup>592</sup> zählt das Unternehmen ex lege nicht zum ehelichen Gebrauchsvermögen.<sup>593</sup> Eine Einbringung des Unternehmens oder der

---

<sup>589</sup> *Csoklich*, JB 2008, 156.

<sup>590</sup> *Csoklich*, JB 2008, 157.

<sup>591</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299.

<sup>592</sup> Siehe oben Punkt IV.A.5.3.1. *Die Privatstiftung als Unternehmen?*; oben Punkt IV.A.7.3.1. *Die Ratio der Ausnahmen des § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG.*

<sup>593</sup> Vgl *Hopf/Kathrein*, Eherecht § 81 Rz 2 ff und § 82 Rz 16 ff; *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB, § 81 EheG Rz 10 und Rz 16.

Unternehmensbeteiligung in eine Privatstiftung verringert somit per se nicht das eheliche Vermögen und somit nicht die Aufteilungsmasse im Scheidungsverfahren und kommt daher die Anwendung des § 91 Abs 1 EheG nicht in Betracht.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Abs 2 leg cit sind erfüllt, wenn im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens ein Ehegatte gemeinsames Vermögen in ein Unternehmen einbringt, an dem ihm ein Anteil zusteht oder für ein solches verwendet.

Zum einen zählt das Unternehmen wiederum nicht zum ehelichen Gebrauchsvermögen; zum anderen ist die Privatstiftung kein Unternehmen, an dem jemandem ein Anteil zu steht.<sup>594</sup>

Daher ist aus meiner Sicht auch die Anwendung des § 91 Abs 2 EheG für die Beurteilung der Einbringung von Unternehmen in eine Privatstiftung ausgeschlossen.

Trotz dieses Ergebnisses ist eine Verschleierung frühere Widmungen an ein später einer Privatstiftung gewidmetes Unternehmen – wie *Csoklich*<sup>595</sup> bei Nichtanwendung des § 91 Abs 2 EheG auf Unternehmensträgerstiftungen prophezeit – nicht zu befürchten.

Um eben die Verkleinerung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse durch Einbringung selbiger in ein Unternehmen, dass der Aufteilung entzogen ist und dessen anschließender Widmung an eine Privatstiftung, zu vermeiden, schlägt daher *B. Jud*<sup>596</sup> den richtigen Weg ein. Es spricht vieles dafür, zeitlich einen Schritt zurück „*zuwagen*“ und an der ursprünglichen Vermögensverringerung (Erwerb des Unternehmens aus Mitteln des ehelichen Vermögens) anzusetzen,<sup>597</sup> zumal dadurch missbräuchliche Vermögensverschiebungen zum Nachteil eines Ehegatten verhindert werden.<sup>598</sup>

*B. Juds* Vorschlag bei der Verwendung ehelichen Gebrauchsvermögens und Ersparnisse für ein Unternehmen anzusetzen und darauf korrekter Weise § 91 Abs 2 EheG anzuwenden, hat den Vorteil, dass dadurch – unter den Voraussetzungen des § 91 Abs 2 EheG<sup>599</sup> – keiner der Ehegatten eigenmächtig die eheliche Vermögensmasse verringern kann. Zudem kommt es bei Abs 2 leg cit zu einer unbefristeten Anrechnung bzw. Berücksichtigung der Verringerung, sodass diesfalls durch den verkürzten Ehegatten keine Fristen zu beachten sind.<sup>600</sup> Es ist daher die Vermögensverschiebung jederzeit anrechenbar.

Vermögensverschiebungen in Richtung eines Unternehmens, auch bei anschließender Einbringung eines Unternehmens oder Unternehmensanteile in eine

---

<sup>594</sup> *N. Arnold*, PSG Einl Rz 13a; siehe oben Punkt IV.A.5.3.1. *Die Privatstiftung als Unternehmen?*

<sup>595</sup> *Csoklich*, JB 2008, 156.

<sup>596</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299.

<sup>597</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299.

<sup>598</sup> Vgl auch *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 91 EheG Rz 4.

<sup>599</sup> Siehe nur *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 91 EheG Rz 1 ff.

<sup>600</sup> Ausgenommen natürlich die Frist des § 95 EheG, wonach der Anspruch auf Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens und ehelicher Ersparnisse erlischt, wenn er nicht binnen einem Jahr nach Eintritt der Rechtskraft der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe durch Vertrag oder Vergleich anerkannt oder gerichtlich geltend gemacht wird.

Privatstiftung, bleiben daher für den Stifter nicht folgenlos und werden wertmäßig bei der Aufteilung im Scheidungsverfahren berücksichtigt.

Sollte das Unternehmen von dritter Seite einem Ehegatten übergeben worden sein, was bei Familienbetrieben durchaus üblich ist, sodass für dessen Erwerb kein eheliches Gebrauchsvermögen oder eheliche Ersparnisse verwendet wurden, so besteht selbst bei dieser Konstellation keine Gefahr der Verringerung des ehelichen Vermögens.

Gem § 81 Abs 1 Z 1 EheG unterliegen schon ex lege Sachen, die ein Ehegatte von einem Dritten geschenkt erhält nicht der Aufteilung. Durch die Einbringung eines „*geschenkten*“ Unternehmens in eine Privatstiftung wird daher nicht die Aufteilungsmasse verringert und kommt es daher bei logischer Betrachtung auch nicht zur Berücksichtigung im Scheidungsverfahren. Sollte der unternehmerisch tätige Ehegatte jedoch eheliches Vermögen in dieses „*geschenkte*“ Unternehmen investieren, so gelangt wiederum § 91 Abs 2 EheG zur Anwendung und wird der andere Ehegatte vor missbräuchlichen Transaktionen geschützt.

Bringt der Unternehmer kein eheliches Vermögen in sein Unternehmen ein und widmet dieses anschließend der Privatstiftung, so wurde der Anspruch des anderen Ehegatten schon per se nicht verkürzt und bedarf es daher ebenfalls keiner Berücksichtigung im Aufteilungsverfahren.

Abschließend ist daher festzuhalten, dass die Einbringung eines Unternehmens in eine Privatstiftung nicht mit § 91 EheG zu lösen ist. Eine analoge Anwendung des § 91 Abs 2 EheG, wie *Csoklich*<sup>601</sup> es vorschlägt, um auch frühere Vermögenswidmungen im Aufteilungsverfahren erfassen zu können, ist nicht notwendig. Denn um die Verkürzung eines Ehegatten zu verhindern muss lediglich an der ursprünglichen Vermögenswidmung, sohin am Erwerb des Unternehmens angesetzt werden und greift diesfalls – bei Erwerb mit ehelichem Vermögen – § 91 Abs 2 EheG.

#### **7.4.4. Veräußerungserlös und Unternehmenserträge**

Im Zusammenhang mit Privatstiftungen gewidmeten Unternehmen ist zu klären, ob ein etwaiger Veräußerungserlös des Unternehmens, sowie die durch das Unternehmen erwirtschafteten Erträge in die Aufteilung nach §§ 81 ff EheG einzubeziehen sind.

---

<sup>601</sup> *Csoklich*, JB 2008, 156 f.

#### 7.4.4.1. Literatur und Judikatur

Trotz unterschiedlicher Ansichten in der Lehre hinsichtlich der Anwendung des Surrogationsprinzips<sup>602</sup> auf Unternehmen,<sup>603</sup> greife dieser Grundsatz nach *Linder*<sup>604</sup> auch hier. Die Anwendung sei jedoch durchbrochen, wenn Ehevermögen zu Unternehmensvermögen umgewidmet wird oder umgekehrt.

Bei Umwidmungen gelte das Surrogationsprinzip seines Erachtens nicht. Denn komme es zum Erwerb eines Unternehmens mit ehelichem Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen, sei das Unternehmen nach wie vor der Aufteilung entzogen, weil die Ersparnisse zu Unternehmensvermögen umgewidmet worden seien.<sup>605</sup> Allenfalls könne es zu einer Berücksichtigung nach § 91 EheG<sup>606</sup> kommen.<sup>607</sup>

Werde hingegen das Unternehmen veräußert, bleibe der Veräußerungserlös nur dann von der Aufteilung ausgenommen, wenn er noch klar abgrenzbar sei und nicht zu privaten Zwecken umgewidmet wurde.<sup>608</sup> Bei Veräußerung oder Liquidation des Unternehmens könne der Veräußerungserlös per se keinem bestehenden Unternehmen eines Ehegatten mehr zugeordnet werden. Diesfalls werde daher eine Verwendung des Erlöses für private Zwecke fingiert, sofern nicht eine eindeutige Zuordnung zu unternehmerischen Zwecken (eines anderen Unternehmen) vorliege.<sup>609</sup>

Eine derartige Umwidmung des Veräußerungserlöses zu privaten Zwecken nimmt der OGH<sup>610</sup> schon bei unterlassener Reinvestition des Verkaufserlöses an. Auch müsse die Widmung für Unternehmenszwecke nach Ansicht des Höchstgerichts nach außen objektiv in Erscheinungen treten.<sup>611</sup>

Der für die Umwidmung relevante Zeitpunkt, so *Linder* weiter, liege in der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Ein Ehegatte könne daher nicht das Aufteilungsvermögen schmälern, in dem er *nach* Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft eheliches Vermögen einem Unternehmen widmet. Diesfalls unterliege das Vermögen weiterhin der Aufteilung. Im umgekehrten Fall, dh Unternehmensanteile

---

<sup>602</sup> Siehe dazu ausführlich oben Punkt IV.A.7.2.1.2. *Veräußerte und eventuelle reinvestierte Vermögenswerte*.

<sup>603</sup> Bejahend *Pichler* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> § 82 EheG Rz 8; ablehnend *Hopf/Kathrein*, Eherecht, § 82 EheG Rz 19.

<sup>604</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 10.

<sup>605</sup> Vgl auch *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB § 82 Rz 16.

<sup>606</sup> *Linder* bejaht die analoge Anwendung des Abs 2 des § 91 EheG; vgl hierzu schon oben unter Punkt IV.A.7.4.2. Literatur; *Linder*, GesRZ 2007, 20.

<sup>607</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 10.

<sup>608</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 10; vgl auch OGH 25.03.1980, 5 Ob 507/80 = SZ 53/52; OGH 29.09.1999, 6 Ob 162/99p = EFSlg 90.436.

<sup>609</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 16.

<sup>610</sup> OGH 26.03.1987, 8 Ob 653/86 = ÖJZ 1988/11.

<sup>611</sup> OGH 09.11.1995, 6 Ob 588/95 = EFSlg 78.733; *Linder*, GesRZ 2007, 13.

werden nach Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft in bloße Wertanlagen umgewidmet, habe jedoch das Gleiche zu gelten.<sup>612</sup>

Für die Beurteilung der Unternehmenszugehörigkeit seien die Vorschriften des BewG<sup>613</sup> anzuwenden: eine unmittelbare Anwendung der steuerlichen Bewertungsvorschriften sei zwar nicht möglich, jedoch bejaht *Linder* deren subsidiäre Anwendung, wenn sonst keine eindeutige Abgrenzung zu erzielen sei.<sup>614</sup>

Hinsichtlich der Unternehmenserträge unterscheidet *Linder*, ob diese reinvestiert, ausgeschüttet oder entnommen wurden. Bei einer Reinvestition oder Rücklagenbildung ändere sich an deren Qualifikation nichts: die Erträge blieben unternehmenszugehörig<sup>615</sup> und sind somit der Aufteilung entzogen.<sup>616</sup>

Werden Erträge jedoch nicht wieder in das Unternehmen eingebracht, so sei deren Umwidmung für private Zwecke der Ehegatten zu prüfen. Bei einer derartigen Widmung würden die Erträge zu Gebrauchsvermögen oder Ersparnissen werden und daher dem der Aufteilung unterliegenden Vermögen zuzurechnen sein.<sup>617</sup>

Unternehmenserträge, die weder reinvestiert noch einem Unternehmensanteil zugeschrieben wurden, gehörten – auch nach Ansicht des Höchstgerichts<sup>618</sup> – jedoch noch so lange zum Unternehmen, als sie nicht zu privaten Zwecken umgewidmet wurden.

Den Beweis für die Umwidmung habe der nicht unternehmerisch tätige Ehegatte zu erbringen, da er ja die Berücksichtigung der Unternehmenserträge in der Aufteilungsmasse anstrebe.<sup>619</sup> Dem Unternehmer sei daher ein Interesse daran gelegen, Gewinne im Unternehmen zu reinvestieren, um sie dadurch vor einer Einbeziehung in der Aufteilung zu schützen.<sup>620</sup>

Auch *B. Jud*<sup>621</sup> befasst sich eingehend mit der Frage, ob der durch Verkauf eines nach § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG von der Aufteilung ausgenommenen Unternehmens erzielte Erlös in die Aufteilung einzubeziehen ist.

Dabei bedürfe es ihrer Ansicht nach einer Modifizierung des Surrogationsprinzips, weil das Unternehmen bereits vor Einbringung in die Privatstiftung der Aufteilung entzogen ist.

---

<sup>612</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 10: dh die nunmehr „bloße Wertanlage“ ist nicht in die Aufteilung einzubeziehen.

<sup>613</sup> Bundesgesetz vom 13. Juli 1955 über die Bewertung von Vermögensschaften (Bewertungsgesetz 1955), BGBl Nr. 148/1955.

<sup>614</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 13.

<sup>615</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 15.

<sup>616</sup> Anm der Autorin.

<sup>617</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 15; OGH 27.04.2005, 3 Ob 122/04v = JBl 2005, 789.

<sup>618</sup> OGH 18.05.1989, 6 Ob 533/89 = RdW 1989, 326.

<sup>619</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 15 f.

<sup>620</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 16.

<sup>621</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299.

Seit in Kraft treten des § 91 Abs 2 EheG<sup>622</sup> gelte das Surrogationsprinzip bei Unternehmen nur in eingeschränkter, modifizierter Form.<sup>623</sup> Daher fände das Surrogationsprinzip bei Einbringung von Vermögenswerten, die zum ehelichen Gebrauchsvermögen oder zu den ehelichen Ersparnissen zählen und somit der Aufteilung unterliegen, in ein Unternehmen keine Anwendung. Das Unternehmen werde nicht in die Aufteilung einbezogen (vgl § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG). Eine wertmäßige Berücksichtigung des gewidmeten Vermögens gem § 91 Abs 2 EheG soll laut *B. Jud* allerdings erfolgen.<sup>624</sup>

Verkauft ein Ehegatte das Unternehmen oder seinen Unternehmensanteil und reinvestiert den Veräußerungserlös nicht wiederum in ein anderes, von der Aufteilung ausgenommenes Unternehmen, so sei der Veräußerungserlös in die Aufteilung einzubeziehen. Gleiches gelte nach *B. Jud* bei der Veräußerung des Unternehmens durch die Privatstiftung selbst, wenn aufgrund vorbehaltener Einflussrechte die Veräußerung dem Stifter zuzurechnen sei. *B. Jud* spricht sich jedoch gegen eine „*doppelte Berücksichtigung*“ des Verkaufserlöses aus: es bleibe die Einbeziehung des Verkaufserlöses gem § 91 Abs 2 EheG außer Betracht, wenn sich dieser in der Privatstiftung befände und der Aufteilung unterliege.

Unternehmenserträge gehörten nach *B. Jud* zur Aufteilungsmasse,<sup>625</sup> sofern sie für private (unternehmensfremde) Zwecke oder zu ehelichen Ersparnissen umgewidmet worden seien.<sup>626</sup> Die Schwierigkeit bei Unternehmen, die einer Privatstiftung gewidmet wurden, bestünde darin, dass die Unternehmenserträge aus steuerlichen Gründen in der Privatstiftung verbleiben und nicht an den Stifter als Begünstigten ausgeschüttet werden. Dadurch könnten aus den Erträgen des Unternehmens keine ehelichen Ersparnisse gebildet werden.<sup>627</sup>

*B. Jud* stellt nun für die Beurteilung der Einbeziehung der Unternehmenserträge in die Aufteilungsmasse auf vorbehaltene Einflussrechte des Stifters ab.

Wurden die Unternehmenserträge „*ohne Zutun des Stifters*“ erwirtschaftet, weil sich der Stifter keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Privatstiftung vorbehalten hat, seien diese Erträge, die in die Privatstiftung ausgeschüttet werden, bei der Aufteilung im Scheidungsverfahren nicht zu berücksichtigen. Die Situation sei vergleichbar mit einer Schenkung des Unternehmens an einen Dritten, der nunmehr Erträge erzielt.<sup>628</sup>

---

<sup>622</sup> Einführung durch das EheRÄG 1999, BGBl I Nr. 125/1999.

<sup>623</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 82 EheG Rz 13.

<sup>624</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299.

<sup>625</sup> Vgl auch *Stabentheiner in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 82 EheG Rz 5.

<sup>626</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299 f.

<sup>627</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 300.

<sup>628</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 300.

Habe sich jedoch der Stifter Einflussrechte derart vorbehalten, dass die Unternehmenserträge ihm wirtschaftlich zuordenbar seien und er diese Erträge bei Nichteinbringung des Unternehmens in die Privatstiftung selbst lukriert und zu ehelichen Ersparnissen umgewandelt hätte, so müsse sich der verringernde Ehegatte nach § 91 Abs 1 EheG so behandeln lassen, als sei die Vermögenswidmung unterblieben.

*B. Jud* beleuchtet bei ihrer Lösung die Regelungen und Ansichten<sup>629</sup> zur Schenkungsanrechnung im Pflichtteilsrecht. Bei der Schenkungsanrechnung sei es unerheblich, ob der Erblasser eine bereits eingetretene Vermögensvermehrung verschenke oder ob er deren Entstehung überhaupt verhindere, indem er die Vermögensvermehrung zugunsten einer dritten Person ausschließt.<sup>630</sup> Diese Ansicht werde damit begründet, dass bei der Schenkungsanrechnung nach dem Wert der Verlassenschaft bei Unterbleiben der Verfügung durch den Erblasser gefragt werde und nicht danach, um welchen Wert das Vermögen des Erblassers verringert wurde.<sup>631</sup>

Nach *B. Jud* sei eben dieser Gedanke auch in das Eherecht übertragbar und müsse sich der verringernde Ehegatte daher so behandeln lassen, als hätte er keinerlei Verfügungen vorgenommen.

Es seien somit Unternehmenserträge, die in die Privatstiftung ausgeschüttet und innerhalb dieser einem anderen Zweck zugeführt werden, im Aufteilungsverfahren wertmäßig zu berücksichtigen. Verbleiben die Erträge jedoch in dem von der Privatstiftung gehaltenen Unternehmen, weil damit etwa Rücklagen gebildet werden, so gehörten sie nicht zur Aufteilungsmasse.<sup>632</sup>

Wie *Linder* unterscheidet auch *Csoklich*<sup>633</sup> bei der Frage der Berücksichtigung des Verkaufserlöses eines Unternehmens im Aufteilungsverfahren, ob der Verkaufspreis wiederum in ein Unternehmen investiert wurde oder nicht. Wurde der Verkaufserlös nicht reinvestiert, so sei von einer Umwidmung in eheliche Ersparnisse auszugehen und somit bei der Aufteilung zu berücksichtigen. *Csoklich* – und so auch *B. Jud*<sup>634</sup> – beachtet, ob und inwieweit dem Stifter noch Einflussrechte auf die Privatstiftung zustehen. Liegt seitens des Stifters kein endgültiges Vermögensopfer vor, da er sich noch weitgehende Einflussrechte vorbehalten hat und es daher nicht zu einer völligen Trennung des Unternehmens vom übrigen Vermögen des Stifters kommt, so sei zu unterscheiden, ob auch ohne Stiftungserrichtung das Unternehmen veräußert und der Veräußerungserlös in ein anderes

---

<sup>629</sup> Vgl *Zankl*, Die Lebensversicherung im Pflichtteilsrecht, NZ 1989, 1.

<sup>630</sup> OGH 10.6.1997, 4 Ob 136/97x = JBI 1997, 663.

<sup>631</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 300.

<sup>632</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 300.

<sup>633</sup> *Csoklich*, JB 2008, 152.

<sup>634</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 300.

Unternehmen investiert worden wäre oder nicht. Im ersten Fall käme es aufgrund der Investition des Verkaufserlöses in ein Unternehmen nicht zur Einbeziehung im Aufteilungsverfahren, im letzteren Fall schon, da der Veräußerungserlös diesfalls zu den ehelichen Ersparnissen zähle.<sup>635</sup> Problematisch, so *Csoklich*, sei die Frage der Beweislast hinsichtlich dieser fiktiven Umstände. Nach seinem Dafürhalten sei von einem prima-facie-Beweis insoweit auszugehen, als ohne Stiftungserrichtung dieselbe Vorgangsweise gewählt worden wäre wie von der Stiftung, auf die der Stifter noch weitgehend Einfluss nehmen könne, was Voraussetzung für sämtliche Überlegungen sei.<sup>636</sup>

Hinsichtlich der Ausführungen zu der Einbeziehung der Unternehmenserträge im Aufteilungsverfahren stimmt *Csoklich*<sup>637</sup> mit der Ansicht *B. Juds*<sup>638</sup> überein. Auch hier sei die Situation je nach vorbehaltenem Einfluss des Stifters zu beurteilen. Unternehmenserträge fänden daher bei Vorliegen eines Vermögensopfers seitens des Stifters keine Berücksichtigung im Aufteilungsverfahren. Hat sich der Stifter jedoch ein Widerrufs- und/oder Änderungsrecht vorbehalten, so seien die in der Stiftung lukrierten Unternehmenserträge der Aufteilungsmasse zuzurechnen, außer sie verblieben im Unternehmen, etwa zur Rücklagenbildung.<sup>639</sup>

#### 7.4.4.2. Stellungnahme und eigene Ansicht

*Linders* Ansicht,<sup>640</sup> wonach das Surrogationsprinzip bei Umwidmungen durchbrochen sei, erscheint logisch, da beim Erwerb eines Unternehmens aus Mitteln des Ehevermögens an Stelle der ehelichen Ersparnisse oder Gebrauchsvermögen das Unternehmen tritt. Dieses stellt nunmehr das Surrogat für das eheliche Vermögen dar und unterläge somit der Aufteilung. Da es jedoch zu einer Umwidmung des Privatvermögens zu unternehmerischen Zwecken kommt, schließt *Linder* die Einbeziehung des Unternehmens im Aufteilungsverfahren aus. Dies ist mE logisch und ist ihm daher hinsichtlich der modifizierten Anwendung des Surrogationsprinzips auf Unternehmen – wie sie auch *B. Jud*<sup>641</sup> vornimmt – zuzustimmen.

Der Ausschluss des Unternehmens von der Aufteilung ist jedoch auch durch die Anwendung des § 82 Abs 1 Z 3 bzw Z 4 EheG zu erklären, da bekanntlich Unternehmen bereits ex lege nicht in die Aufteilung einbezogen werden. Um aber wiederum eine

---

<sup>635</sup> *Csoklich*, JB 2008, 152; ebenso *B. Jud*, GesRZ 2007, 299.

<sup>636</sup> *Csoklich*, JB 2008, 152.

<sup>637</sup> *Csoklich*, JB 2008, 152.

<sup>638</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299 f.

<sup>639</sup> Vgl *Linder*, GesRZ 2007, 15.

<sup>640</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 10.

<sup>641</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299.

missbräuchliche Vermögensverschiebung zu verhindern ist richtigerweise die Berücksichtigung der Verringerung gem § 91 Abs 2 EheG zu beachten.<sup>642</sup>

Die nicht vorzunehmende Einbeziehung des Veräußerungserlöses in die Aufteilungsmasse lediglich bei klarer Abgrenzung des selbigen vom privaten Vermögen liegt ebenfalls auf der Hand. Wird ein Unternehmen veräußert so stellt sich die Frage, was mit dem daraus erzielten Erlös geschehen soll.

Grundsätzlich erscheinen mir lediglich zwei Möglichkeiten denkbar: entweder erfolgt eine neuerliche Widmung des Verkaufserlöses für unternehmerische Zwecke, sei es durch Neuerwerb eines Unternehmens oder Unternehmensbeteiligungen, oder eine Zuzählung des Verkaufspreises zum ehelichen Vermögen. Im ersten Fall bleibt die Widmung des Verkaufserlöses für ein Unternehmen aufrecht, sodass dieser vom Aufteilungsverfahren auszuschließen ist. Erhöht jedoch der Ehegatte durch den Verkauf des Unternehmens sein Privatvermögen kommt es zur Berücksichtigung im Scheidungsverfahren.

Insofern ist auch die eher restriktive Ansicht des OGH<sup>643</sup> nachvollziehbar, wonach er bereits bei unterlassener Reinvestition des Verkaufserlöses selbigen zur ehelichen Vermögensmasse zählt. Anders kann auch mE ein derartiges Verhalten des veräußernden Ehegatten nicht gedeutet werden. Wie bereits oben erwähnt stehen dem Ehegatten zwei Alternativen zur Verfügung: entweder er investiert den Verkaufserlös erneut oder eben nicht. Im letzteren Fall ist daher nach meinem Dafürhalten eine Fiktion hinsichtlich der Umwidmung des Verkaufserlöses zu privaten Zwecken durchaus angebracht.

Dass *Linder* den für die Umwidmung ausschlaggebenden Zeitpunkt in der Auflösung der Ehegemeinschaft<sup>644</sup> sieht, verhindert nachträgliche Vermögensverschiebungen zum Nachteil des nichtunternehmerisch tätigen Ehegatten. Selbst wenn der Ehegatte *nach* Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft das eheliche Vermögen in ein Unternehmen einbringt, schadet dies dem „verkürzten“ Ehegatten nicht, da der Vermögensgegenstand nach wie vor dem Ehevermögen zugehörig ist und somit der Aufteilung unterliegt.

Unternehmenserträge bleiben selbst bei mangelnder Reinvestition oder Rücklagenbildung unternehmenszugehörig, bis eine Umwidmung zu privaten Zwecken erfolgt. Insofern stimmt *Linder* hiemit mit der Rechtsprechung<sup>645</sup> überein und kann auch diese Ansicht gut nachvollzogen werden. Die von einem Unternehmen erwirtschafteten Erträge müssen nicht zwangsläufig aus dem Unternehmen entnommen werden, sodass deren unternehmenszugehörig bei Nichtentnahme nur logisch ist.

Die unterschiedliche Behandlung von Verkaufserlös und Unternehmenserträge im Aufteilungsverfahren durch das Höchstgericht ist damit zu erklären, dass es die

---

<sup>642</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 20.

<sup>643</sup> OGH 26.03.1987, 8 Ob 653/86 = ÖJZ 1988/11.

<sup>644</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 10.

<sup>645</sup> Vgl etwa OGH 15.11.1984, 6 Ob 642/84 = EFSlg 46.344.

Zugehörigkeit von Ertragnissen zu einem bestimmten Unternehmen im Zweifel vermutet, wohingegen die klare Zuordnung des Verkaufserlös zu einem Unternehmen per se schon nicht mehr möglich ist, weshalb bei nicht erfolgter Reinvestition in ein neues Unternehmen die Zuordnung zu privaten Zwecken fingiert wird.<sup>646</sup>

*Linders* Ausführung zeigen daher den richtigen Weg bei der Beurteilung, ob Unternehmenserträge oder der Veräußerungserlös bei der Aufteilung Berücksichtigung finden und decken sich weitgehend mit den Erläuterungen *B. Juds*.<sup>647</sup> Diese und auch *Csoklich*<sup>648</sup> machen jedoch die Zuzählung der Unternehmenserträge zum Privatvermögen des Stifters noch von etwaig vorbehaltenen Einflussrechten abhängig.

Aus meiner Sicht ist dies deshalb begründet, als bei vorbehaltenen Einflussmöglichkeiten auf die Stiftung kein vollständiges Vermögensopfer seitens des Stifters erbracht wurde und ihm deshalb die Unternehmenserträge in gewisser Weise wirtschaftlich zuordenbar sind. In dieser Situation scheint es mir daher gerechtfertigt, dass *B. Jud* die Erträge dem Ehevermögen zuordnet und damit der Aufteilung unterzieht. Im umgekehrten Fall, also bei vollständigem Erbringen eines Vermögensopfers durch den Stifter, bleiben in konsequenter Fortführung des Gedankens die Erträge der ehelichen Vermögensmasse fern und werden daher nicht aufgeteilt.

Festzuhalten ist somit, dass ein aus der Veräußerung eines Unternehmens erzielter Erlös bei fehlender Reinvestition den ehelichen Ersparnissen zuzuzählen ist,<sup>649</sup> Unternehmenserträge jedoch solange als unternehmenszugehörig gelten, als sie nicht für private Zwecke umgewidmet werden.<sup>650</sup> Dabei sind jedoch auch etwaige Einflussrechte des Stifters auf die Stiftung zu berücksichtigen, sodass die durch Zutun des Stifters erwirtschafteten Erträge in die Aufteilung einzubeziehen sind.<sup>651</sup>

#### **7.4.5. Probleme bei der Übertragung von Geschäftsanteilen an eine Privatstiftung**

Die Übertragung von Geschäftsanteilen an eine Privatstiftung muss nicht zwangsläufig problemlos erfolgen.<sup>652</sup>

---

<sup>646</sup> Siehe dazu auch *Linder*, GesRZ 2007, 16.

<sup>647</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 299 f.

<sup>648</sup> *Csoklich*, JB 2008, 152.

<sup>649</sup> *Linder*, GesRZ 2007, 16; OGH 26.03.1987, 8 Ob 653/86 = ÖJZ 1988/11.

<sup>650</sup> OGH 18.05.1989, 6 Ob 533/89 = RdW 1989, 326.

<sup>651</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 300; *Csoklich*, JB 2008, 152.

<sup>652</sup> Aufgrund der Fülle der bei einer Unternehmens- bzw. Geschäftsanteilübertragung eventuell auftretenden Schwierigkeiten, werden an dieser Stelle lediglich die häufigsten aufgezeigt. Hinsichtlich der erbrechtlichen Probleme, die im Zusammenhang mit der Gründung einer Privatstiftung und anschließender Vermögenswidmung an diese entstehen können, siehe sehr ausführlich *Limberg*, Privatstiftung, 19 ff.

#### 7.4.5.1. Minderjähriger Stifter

Es ist etwa dem Geschäftsbetrieb eines Unternehmens nur wenig dienlich, wenn minderjährige Gesellschafter vorhanden sind, deren Entscheidungen stets einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen.<sup>653</sup> Sollen zur Vermeidung der „Lähmung“ des Unternehmensbetriebes die Geschäftsanteile des Minderjährigen in eine Privatstiftung eingebracht werden, so bedarf der Stiftungsakt der Vertretung bzw. der Zustimmung beider obsorgeberechtigter Elternteile und zusätzlich der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung.<sup>654</sup>

Im Fall der Errichtung einer sog „*Generationsstiftung*“, dh der Errichtung einer Privatstiftung durch den Unternehmer und Alleingesellschafter gemeinsam mit seinen minderjährigen Kindern mit anschließender Widmung der Geschäftsanteile, bedarf es trotz pflegschaftsgerichtlicher Genehmigung der Bestellung eines Kollisionskurators.<sup>655</sup> Dieser ist stets zu bestellen, wenn die Interessen eines pflichtbewussten gesetzlichen Vertreters, bei Anlegen eines objektiven Maßstabes, den Interessen des Minderjährigen zuwiderlaufen können<sup>656</sup> (sog „*Kollision im materiellen Sinn*“).<sup>657</sup>

Diese erschwerte Errichtung der Privatstiftung durch Mitwirkung minderjähriger Stifter wird oftmals deswegen in Kauf genommen, als die Stifterstellung nach hA<sup>658</sup> nur bei Errichtung der Privatstiftung und nicht auch im Nachhinein erworben werden kann und die höchstpersönlichen Gestaltungsrechte des Stifters nach §§ 33 f PSG nicht übertragbar – auch nicht vererbbar – sind.<sup>659</sup> Daher empfiehlt es sich gleich vorweg den Stifterkreis soweit wie möglich zu fassen, auch um den Kindern des Stifters später die Möglichkeit zu bieten, steuerlich begünstigt nachstiften zu können.<sup>660</sup>

#### 7.4.5.2. Insichgeschäft des Stiftungsvorstands

Gem § 17 Abs 5 PSG bedürfen Rechtsgeschäfte zwischen der Privatstiftung und einem Mitglied des Stiftungsvorstandes – sofern kein Aufsichtsrat eingerichtet ist – der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes und des Gerichts.

<sup>653</sup> Hochedlinger, SWK 2004, W 186.

<sup>654</sup> Hochedlinger, SWK 2004, W 186; vgl N. Arnold, PSG § 3 Rz 27 ff.

<sup>655</sup> N. Arnold, PSG § 3 Rz 29; Hochedlinger, SWK 2004, W 186; vgl auch Arturo, Kollisionskurator für Privatstiftung mit minderjährigen Stiftern?, RdW 1998, 6.

<sup>656</sup> N. Arnold, PSG § 3 Rz 29; Arturo, RdW 1998, 7.

<sup>657</sup> Pichler in Rummel, ABGB § 271 Rz 3.

<sup>658</sup> OGH 12.08.2004, 1 Ob 166/04z = RdW 2004, 732; Pittl, NZ 1999, 197 f; N. Arnold, PSG § 3 Rz 13.

<sup>659</sup> N. Arnold, PSG § 3 Rz 43.

<sup>660</sup> Hochedlinger, SWK 2004, W 186.

Dabei ist zu beachten, dass der Stifter oder dessen nahe Angehörige, solange sie nicht zum Begünstigtenkreis zählen, Mitglieder des Stiftungsvorstandes sein können (vgl § 15 Abs 2 PSG).<sup>661</sup>

Sollen nun nachträglich durch den Stifter Geschäftsanteile der Privatstiftung übertragen werden, so bedarf es also der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes und des Gerichts.

Nach *N. Arnold*<sup>662</sup> betreffe der Wortlaut des § 17 Abs 5 PSG lediglich Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Mitglied als Stiftungsvorstand. Dadurch wären Geschäfte etwa mit einer GmbH, deren alleiniger Gesellschafter ein Mitglied des Stiftungsvorstandes ist, nicht von § 17 Abs 5 PSG umfasst und bedürften dann keiner Zustimmung durch die übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes. Da dies nicht den Intentionen des Gesetzgebers entsprechen könne, wendet *N. Arnold* die *leg cit* interpretativ auch auf all jene Fälle an, in denen der Geschäftsabschluss zumindest wirtschaftlich einem solchen mit einem Mitglied des Stiftungsvorstandes gleichkommt.<sup>663</sup>

Dieser Vorgehensweise stimme ich uneingeschränkt zu, da ansonsten die Ratio des § 17 Abs 5 PSG unterlaufen würde und der Weg für Umgehung dieser Norm geebnet wäre.

Rechtsgeschäfte der Privatstiftung bedürfen daher stets dann – bei Nichtvorhandensein eines Aufsichtsrates – der Zustimmung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes, wenn ein Mitglied des Stiftungsvorstandes in irgendeiner Art und Weise daran mitwirkt.

#### 7.4.5.3. Change-of-Control-Klauseln

Grundsätzliche bleiben Verträge, die das Unternehmen betreffen, bei einer Übertragung von Geschäftsanteilen an die Privatstiftung unberührt, weil alle Vereinbarungen mit der Gesellschaft als (unmittelbaren) Unternehmensträger geschlossen wurden und es lediglich zu einem Gesellschafterwechsel kommt.<sup>664</sup>

Wurden zwischen den Vertragsparteien sog Change-of-Ownership- oder Change-of-Control-Klauseln vereinbart und verwirklicht sich durch die Übertragung von Geschäftsanteilen ein derartiger „*change of control*“, so gilt anderes. Durch diese Klauseln wird einem Vertragspartner die Möglichkeit geboten, bei Änderung gravierender Umstände beim anderen Vertragsteil, wie zB Änderung der Eigentümerverhältnisse („*change of ownership*“) den Vertrag vorzeitig aufzulösen. Es soll nämlich durch diese Klauseln eine

<sup>661</sup> *Hochedlinger*, SWK 2004, W 183.

<sup>662</sup> *N. Arnold*, PSG § 17 Rz 92a.

<sup>663</sup> *N. Arnold*, PSG § 17 Rz 92a.

<sup>664</sup> *Hochedlinger*, SWK 2004, W 186.

Kontinuität in der Geschäftsführung bzw der „*Machthaber*“ der Gesellschaft gewährleistet werden.<sup>665</sup>

Bei Einbringung von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung ist es daher ratsam die Verträge der Gesellschaft auf derartige Klauseln zu überprüfen, um sich auf geänderte Vertragsverhältnisse vorbereiten zu können.

#### **7.4.5.4. Mietzinsanhebung nach § 12a MRG**

Für die Praxis von großer Relevanz ist die Frage, ob und wenn ja, wie sich die Änderung in den rechtlichen Gegebenheiten einer Vertragspartei auf ein bestehendes Mietverhältnisse auswirken.

§ 12a Abs 3 MRG räumt dem Vermieter von Geschäftsräumlichkeiten das Recht ein, den Hauptmietzins nach § 16 Abs 1 MRG, dh auf den angemessenen Mietzins, anzuheben, wenn der Hauptmieter eine juristische Person oder eine „*unternehmerisch tätige eingetragene Personengesellschaft*“ ist und sich in ihr die rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten entscheidend, wie etwa durch Veräußerung von Mehrheitsanteilen an der Gesellschaft, ändern.

Der OGH hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001<sup>666</sup> ausgesprochen, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen an eine Privatstiftung eine Übertragung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf einen neuen Rechtsträger darstelle, somit der Tatbestand des § 12a Abs 3 MRG verwirklicht und daher eine Anhebung gerechtfertigt sei.<sup>667</sup>

Das bedeutet wie oben<sup>668</sup> muss auch hier bei Einbringung von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung auf bestehende Verträge und auf die Konsequenzen der Widmung geachtet werden.

### **7.5. Leistungen der Stiftung an den Ehegatten**

Die bisherigen Ausführungen haben die Frage beleuchtet, wie Vermögenswerte, die von einem Ehegatten in eine Privatstiftung eingebracht wurden bei der Aufteilung der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Gebrauchsvermögens zu berücksichtigen sind.

Unberücksichtigt blieb bisher die Frage, ob auch Zuwendungen, die ein Ehegatte während aufrechter Lebensgemeinschaft aus der Privatstiftung als Begünstigter erhalten hat,

---

<sup>665</sup> *Hochedlinger*, SWK 2004, W 186 f.

<sup>666</sup> OGH 12.06.2001, 5 Ob 307/00 h = RdW 2001/746 = immolex 2001/175 = ecolex 2001/347; siehe auch krit hiezu *Vonkilch*, Einbringung von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung und § 12a MRG, immolex 2001, 330.

<sup>667</sup> Vgl *Hochedlinger*, 10 Jahre Privatstiftungsgesetz: gelöste und ungelöste Fragen, GeS 12/2003, 472 (477).

<sup>668</sup> Vgl oben Punkt IV.A.7.4.5.3. *Change-of-Control-Klauseln*.

in die Aufteilung einzubeziehen sind sowie ob, und wenn ja, inwieweit künftige Begünstigungen nach Abschluss des Aufteilungsverfahrens die Höhe des Aufteilungsanspruches beeinflussen können.<sup>669</sup>

### 7.5.1. Zuwendungen bis zur Auflösung der Ehe

Gem § 82 Abs 1 Z 1 EheG sind ua während der Ehe erhaltene Zuwendungen von Dritten von der Aufteilung ausgenommen. Geschenke der Ehegatten untereinander sind jedoch in die Aufteilungsmasse einzubeziehen.<sup>670</sup>

*Csoklich*<sup>671</sup> leitet daraus die Berücksichtigung von Zuwendungen aus der Privatstiftung bei der Berechnung der Höhe des Aufteilungsanspruches ab, wenn sich der Stifter Einflussrechte auf die Stiftung vorbehalten hat, insb wenn dem Stifter Einflussmöglichkeiten auf die Vermögenszuwendungen der Stiftung zustehen oder er und/oder sein Ehegatte in der Stiftungsurkunde als Begünstigte eingesetzt sind.

Bei dieser Konstellation gelte die Zuwendung aus der Stiftung (aufgrund des Einflussrechtes des Stifters<sup>672</sup>) als von diesem veranlasst, sei daher als Zuwendung unter Ehegatten zu qualifizieren und somit im Aufteilungsverfahren zu berücksichtigen.<sup>673</sup>

Auch *B. Jud*<sup>674</sup> bezieht Ausschüttungen aus der Stiftung, die aufgrund von Einflussmöglichkeiten des Stifters erfolgen in die Aufteilung ein.

Nach ihr könne man argumentieren, dass die Privatstiftung als juristische Person Dritter iSd § 82 Abs 1 Z 1 EheG sei und die Zuwendungen unentgeltlich erfolgen, sodass sie von der Aufteilung ausgenommen wären. Diese Argumentation stünde jedoch mit der Ratio des § 82 Abs 1 Z 1 EheG nicht in Einklang. Die Ausnahme geschenkter Sachen von der Aufteilung beruhe auf dem Gedanken, dass der Aufteilung nur das während der Ehe gemeinsam erworbene Vermögen unterliegen solle.<sup>675</sup> Gegenseitige Geschenke der Ehegatten seien jedoch – mit Ausnahme der Geschenke für den persönlichen Gebrauch - bei der Aufteilung zu berücksichtigen.<sup>676</sup>

Bei Übertragung dieser Grundsätze auf die Privatstiftung müssten daher Zuwendungen, die die Ehegatten aus einer Privatstiftung erhalten, die von einem oder beiden Ehegatten errichtet wurde, grundsätzlich in die Aufteilung einbezogen werden. Es

---

<sup>669</sup> *Csoklich*, JB 2008, 153; *B. Jud*, GesRZ 2007, 300.

<sup>670</sup> *Stabentheiner in Rummel*, ABGB § 82 EheG Rz 4.

<sup>671</sup> *Csoklich*, JB 2008, 153.

<sup>672</sup> Anm der Autorin.

<sup>673</sup> *Csoklich*, JB 2008, 153.

<sup>674</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 300 f.

<sup>675</sup> *Koziol/Welser*, Band I 506; *Bernat in Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz9.

<sup>676</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 301; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB § 82 EheG Rz 4.

handle sich dabei nämlich nicht um eine "zufällig" eintretende Vermögensmehrung von Dritter Seite, die mit der Ehe in keinem Zusammenhang stünde.<sup>677</sup> Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Auswahl der Begünstigten und damit auch die Zuwendung aus der Privatstiftung dem stiftenden Ehegatten zuzuordnen ist, was bei Einflussnahme des Ehegatten auf die Stiftung in bestimmender Weise der Fall sei.

Beruht daher die Einräumung der Begünstigtenstellung auf der Einflussnahme des Ehegatten, so unterlägen nach *B. Jud*<sup>678</sup> Zuwendungen, die die Ehegatten aus der Privatstiftung erhalten, nicht dem § 82 Abs 1 Z 1 EheG.

Diesen beiden Autoren ist mE vollinhaltlich zuzustimmen. Erhält einer der Ehegatten aus der Privatstiftung eine Zuwendung, so muss er sich diese bei Berechnung seines Aufteilungsanspruches anrechnen lassen, da er ansonsten in zweifacher Weise begünstigt wäre: einerseits durch die Ausschüttung aus der Privatstiftung, andererseits durch den eventuell vorhandenen Aufteilungsanspruch gegen seinen Ehegatten.

Um den verpflichteten Ehegatten nicht zu benachteiligen, hat sich daher der Zuwendungsempfänger die Zuwendung aus der Privatstiftung bei der Aufteilung anrechnen zu lassen.

Es steht daher fest, dass Zuwendungen bis zur Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft aus der Privatstiftung an einen der Ehegatten bei vorbehaltenen Gestaltungsrechten des Stifters im Aufteilungsverfahren berücksichtigt werden und daher die Höhe des Aufteilungsanspruches beeinflussen.

### **7.5.2. Berücksichtigung künftiger Zuwendungen?**

Fraglich ist, ob Zuwendungen, die erst in der Zukunft zustehen, dh die die Ehegatten nach der Scheidung von der Privatstiftung erhalten, im Aufteilungsverfahren zu berücksichtigen sind.

Bereits in einem älteren Beitrag hat sich *Csoklich*<sup>679</sup> für eine Berücksichtigung künftiger Zuwendungen bei der Aufteilung ausgesprochen. Wie bereits oben unter Punkt IV.A.5.3.4. *Literatur* erläutert, wendet *Csoklich* auf Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung § 91 Abs 2 EheG analog an. Bei der Einbeziehung des in ein Unternehmen Eingebachten oder sonst für ein Unternehmen Verwendeten sei jedoch zu berücksichtigen, inwieweit jedem Ehegatten durch die Einbringung oder Verwendung Vorteile entstanden sind und inwieweit die eingebrachten oder verwendeten ehelichen Ersparnisse aus den Gewinnen des Unternehmens stammen. Diese Norm ermögliche eine den Bedürfnissen der Privatstiftung durchaus angepasste, flexible Lösung: Denn bleibe etwa der andere Ehegatte

---

<sup>677</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 301.

<sup>678</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 301.

<sup>679</sup> *Csoklich*, RdW 2000, 404; *ders.*, JB 2008, 153.

Begünstigter der Privatstiftung, so sei naturgemäß dieser Vorteil bei der Anrechnung des in die Privatstiftung eingebrachten Vermögens im Aufteilungsverfahren zu berücksichtigen. Bleibe daher sichergestellt, dass auch nach der Scheidung der andere Ehegatte entsprechende Begünstigungen aus der Privatstiftung erhalte, könne dies die wertmäßige Berücksichtigung im Aufteilungsverfahren ganz oder teilweise ersetzen. <sup>680</sup>

*Csoklich* berücksichtigt künftige Zuwendungen aus der Privatstiftung aber auch dann im Aufteilungsverfahren, wenn der Anspruch des Ehegatten des Stifters auf künftige Ausschüttungen ein gesicherter und auch ziffernmäßig bestimmbarer ist. Dies sei im Falle der Festsetzung des Anspruchs auf derartige Ausschüttungen in der Stiftungsurkunde bzw. Stiftungszuatzurkunde gegeben, sofern der Anspruch vom Stifter nicht mehr allein oder nur mit Zustimmung des begünstigten (ehemaligen) Ehegatten geändert werden könne. <sup>681</sup>

*B. Jud*<sup>682</sup> kann der Ansicht *Csoklichs* nicht folgen, zumal sie bereits der (analogen) Anwendung des § 91 Abs 2 EheG auf Zuwendungen an eine Privatstiftung widerspricht. <sup>683</sup> Abgesehen davon gehe es bei der in Abs 2 leg cit angeordneten „*Vorteilsanrechnung*“ um die Berücksichtigung jener Vorteile, die den Ehegatten während aufrechter Lebensgemeinschaft zugeflossen sind und nicht um künftige Begünstigungen.

Weiters ist nach *B. Jud* für die Berücksichtigung der Begünstigtenstellung eines Ehegatten bei der Aufteilung von Bedeutung, dass sie bereits im Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft einen echten Vermögenswert des Ehegatten darstelle, was zB auf ein während der Ehe erworbenes Anwartschaftsrecht bei einem erst in Zukunft entstehenden Anspruch nicht zutreffe. Das Vorliegen eines echten Vermögenswertes könne demnach nur dann bejaht werden, wenn dem Ehegatten als Begünstigtem ein klagbarer Leistungsanspruch gegen die Privatstiftung eingeräumt wurde und dieser Anspruch durch den anderen Ehegatten weder durch Ausübung eines Widerrufs- oder sonstigen Änderungsrechts vereitelt werden kann oder sonst sichergestellt sei, dass es tatsächlich zu einer Ausschüttung kommen werde. Lediglich bei Vorliegen dieser engen, in der Praxis seltenen Voraussetzung könne die Stellung als Begünstigter als eigenständiger Vermögenswert angesehen und nach § 81 EheG in die Aufteilung einbezogen werden. Im Zweifel hätten jedoch (mögliche) künftige Zuwendungen aus der Privatstiftung außer Betracht zu bleiben. <sup>684</sup>

---

<sup>680</sup> *Csoklich*, RdW 2000, 404.

<sup>681</sup> *Csoklich*, JB 2008, 153.

<sup>682</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 301.

<sup>683</sup> Vgl dazu bereits ausführlich oben Punkt IV.A.5.3.4. *Literatur*, *B. Jud*, GesRZ 2007, 292 f.

<sup>684</sup> *B. Jud*, GesRZ 2007, 301.

Nach meinem Dafürhalten ist der Ansicht *B. Juds* der Vorzug zu geben. Es ist ihr darin zuzustimmen, dass im Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft<sup>685</sup> ein echter Vermögenswert auf Seiten des Begünstigten vorhanden sein muss, da dies Voraussetzung für dessen Einbeziehung im Aufteilungsverfahren ist. Bei Zuwendungen, die erst in der Zukunft erfolgen, ist es schwierig deren Zugehörigkeit zur Verteilungsmasse festzulegen, da nicht gesagt sein muss, dass sie auch letztendlich eintreten werden.

Es ist daher die Annahme enger Voraussetzungen, wie *B. Jud* es zeigt, durchaus angebracht und mE anders auch nicht lösbar. Nur wenn tatsächlich dem Ehegatten als Begünstigtem ein klagbarer Leistungsanspruch gegen die Privatstiftung zusteht und dieser Anspruch von keiner Seite gefährdet werden kann, ist die Begünstigtenstellung eines Ehegatten im Aufteilungsverfahren und damit auch künftige Zuwendungen aus der Stiftung zu berücksichtigen, da erst zu diesem Zeitpunkt ein „greifbarer“ und realistischer Anspruch bejaht werden kann.

## 8. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse

1. Die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse nach §§ 81 ff EheG kann durch Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung nicht umgangen werden.
2. Bei Aufteilungsansprüchen nach Ehescheidung des Stifters gelangt § 91 EheG im Verfahren zur Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse zur Anwendung.
3. Die Aufteilung iZm Privatstiftungen erfolgt bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Abs 1 des § 91 EheG. Für eine analoge Anwendung des Abs 2 leg cit auf Privatstiftungen besteht kein Bedürfnis und ist auch vom Gesetzeswortlaut nicht umfasst. Die Privatstiftung ist kein Unternehmen, das gem § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG ohnehin ex lege von der Aufteilung ausgenommen wäre.
4. Eine Berücksichtigung von Vermögensverringerungen nach 91 Abs 1 EheG bei der Aufteilung erfolgt nur dann, wenn sie frühestens zwei Jahre vor Einbringung der Scheidungsklage oder Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft vorgenommen wurden. Bei Vermögenswidmungen an Privatstiftungen beginnt diese Frist erst dann zu

---

<sup>685</sup> Nach stRspr ist für die Zugehörigkeit einer Sache zum Aufteilungsvermögen Voraussetzung, dass sie zum Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft zum ehelichen Gebrauchsvermögen oder zu den ehelichen Ersparnissen gehörte: siehe OGH 1 Ob 53/02 d; *Bernat* in *Schwimann*, ABGB § 81 EheG Rz 9; *Koziol/Welser*, Band I 505.

laufen, wenn dem Stifter kein Widerrufs-, Änderungs- oder sonstiges Einflussrecht auf die Privatstiftung mehr zusteht ("*Vermögensopfertheorie*").

5. Werden eheliches Gebrauchsvermögen oder eheliche Ersparnisse in ein Unternehmen eingebracht so kommt unstrittig § 91 Abs 2 EheG zur Anwendung. Wird ein Unternehmen in eine Privatstiftung eingebracht, so bleibt dieses gem § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG von der Aufteilung ausgenommen. Es greift jedoch § 91 Abs 2 EheG, sofern für die ursprüngliche Anschaffung des Unternehmens Ehevermögen verwendet wurde. Nachdem der Abs 2 leg cit, anders als Abs 1 leg cit, keine Frist zur Einbeziehung des ehelichen Vermögens im Aufteilungsverfahren vorsieht, kann der für die Anschaffung des Unternehmens verwendete Betrag uneingeschränkt bei der Aufteilung berücksichtigt werden.
6. Kommt es zur Widmung eines Unternehmens an eine Privatstiftung und anschließender Einbringung von ehelichem Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen, sei es in das Unternehmen oder in die Privatstiftung, erscheint die Berücksichtigung dieser Vermögensverringerung – bei Vorliegen der Voraussetzungen – wiederum nach § 91 Abs 1 EheG geboten, da Abs 2 leg cit seinem Wortlaut nach derartige Fallkonstellationen nicht umfasst.
7. Wird ein von der Aufteilung ausgenommenes Unternehmen von der Privatstiftung veräußert und ist diese Veräußerung dem Stifter zuzurechnen, ist iSd Surrogationsprinzips der Veräußerungserlös im Aufteilungsverfahren zu berücksichtigen. Unternehmenserträge, die in die Privatstiftung zu unternehmensfremden Zwecken ausgeschüttet werden, sind ebenfalls zu berücksichtigen, wenn sie auf den Stifter zurückzuführen sind.
8. Zuwendungen, die die Ehegatten während aufrechter Lebensgemeinschaft, dh bis zur Auflösung der Ehe, als Begünstigte aus der Privatstiftung erhalten haben, sind als eheliche Ersparnisse in die Aufteilung nach §§ 81 ff EheG einzubeziehen. Die Begünstigtenstellung eines Ehegatten auch nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft ist nur dann bei der Aufteilung zu berücksichtigen, wenn ihm ein klagbarer Leistungsanspruch gegen die Privatstiftung eingeräumt wurde und dieser Anspruch durch den anderen Ehegatten weder durch Ausübung eines Widerrufs- oder sonstigen Änderungsrechts vereitelt werden kann.

## **B. Nachehelicher Unterhalt bei Scheidung des Stifters / des Begünstigten**

Im Folgenden werden die konkreten Voraussetzungen der Berücksichtigung von Stiftungsvermögen bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts untersucht. Besonderes Augenmerk wird auf den Unterhalt bei Scheidung wegen Verschuldens mit alleinigem oder überwiegendem Verschulden eines Ehegatten (§ 49 EheG) und wegen Zerrüttung mit Verschuldensauspruch (§ 55 EheG) gelegt. Der Unterhalt bei Scheidung im Einvernehmen gem § 55a EheG wird nicht thematisiert, da Voraussetzung für eine derartige Scheidung die Einigung der Ehegatten ua hinsichtlich ihrer unterhaltsrechtlichen Beziehungen zueinander ist (§ 55a Abs 2 EheG).

Die Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs wurden bereits weiter oben erläutert und wird daher Zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen im Kapitel III.C. *Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten* verwiesen.

### **1. Unterhaltsbemessung und Privatstiftung**

#### **1.1. Zuwendungen aus der Privatstiftung**

Der Stifter kann sich in der Stiftungsurkunde die Ausschüttung von Vermögenserträgen an ihn vorbehalten. Dh er selbst kann Begünstigter einer Privatstiftung sein.<sup>686</sup>

Es stellt sich daher die Frage, ob die allgemeinen Grundsätze des nachehelichen Unterhalts<sup>687</sup> vom unterhaltspflichtigen Ehegatten durch „*Zwischenschaltung*“ einer Privatstiftung umgangen werden können.

##### **1.1.1. Anwendbarkeit des Anspannungsgrundsatzes?**

###### **1.1.1.1. Literatur**

Soweit ersichtlich hat erstmals *Csoklich*<sup>688</sup> in seinem Beitrag „*Privatstiftung und Scheidung*“ den Schutz des Unterhalts iZm der Errichtung einer Privatstiftung durch den Unterhaltsschuldner thematisiert. Darin meint er, dass die Frage des Unterhalts wohl keine

---

<sup>686</sup> N. Arnold, PSG § 3 Rz 57.

<sup>687</sup> Siehe ausführlich oben Punkt III.C.1. *Grundsätze des nachehelichen Unterhalts* und Punkt III.C.2. *Unterhaltsbemessungsgrundlagen*.

<sup>688</sup> *Csoklich*, RdW 2000, 402.

Besonderheit aufwerfe. Wie überhaupt Erträge aus Vermögen dem Einkommen zuzurechnen sind, seien nach seiner Auffassung auch Ausschüttungen aus einer Privatstiftung in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen. Weiters sei auf einen Stifter, der nicht erwerbstätig ist und seinen persönlichen Unterhalt ausschließlich aus Ausschüttungen aus der von ihm errichteten Privatstiftung bestreitet, der Anspannungsgrundsatz gem §§ 94 Abs 1,<sup>689</sup> 140 Abs 1 ABGB<sup>690</sup> anzuwenden und als Unterhaltsbemessungsgrundlage jenes Einkommen anzusetzen, das der Stifter nach seinen Kräften erzielen könnte.

Reicht das Vermögen des Stifters zur Befriedigung der Unterhaltsansprüche nicht aus, weil etwa selbiges zur Gänze in die Stiftung eingebracht wurde, so komme nach *Csoklich* eine Anfechtung der Vermögenswidmung nach der AnfO bzw der KO in Betracht.

Steht dem Stifter kraft Stiftungsurkunde ein Ausschüttungsanspruch aus der Privatstiftung zu, so könne dieser Anspruch gepfändet<sup>691</sup> werden. 692

Auch *Schauer*<sup>693</sup> bezieht Ausschüttungen aus der Privatstiftung an den Stifter als Begünstigten in die Bemessungsgrundlage für den Unterhalt ein und bestätigt damit *Csoklich*s Ansicht. Sofern der Stifter weniger Ausschüttungen erhält als dies nach dem aufgrund seiner Fähigkeiten erzielbaren Einkommen möglich wäre, so sei – wie auch *Csoklich*<sup>694</sup> es vorschlägt – unter Anwendung des Anspannungsgrundsatzes das hypothetische Einkommen heranzuziehen. Selbiges gelte für thesaurierte Erträge, deren Ausschüttung der Stifter aufgrund seines rechtlichen oder faktischen Einflusses auf die Stiftungsorgane herbeiführen könnte.

Zur Durchsetzung ihrer Unterhaltsansprüche stünden den Unterhaltsberechtigten naturgemäß die Regeln der AnfO bzw KO zur Verfügung. In Ergänzung zu den Ausführungen *Csoklich*s ruft *Schauer* in Erinnerung, dass auch ein Widerrufsrecht,<sup>695</sup> das sich der Stifter vorbehalten hat, Gegenstand der Zwangsvollstreckung gem §§ 331 ff EO sein kann.

---

<sup>689</sup> § 94 Abs 1 ABGB lautet: „Die Ehegatten haben nach ihren Kräften und gemäß der Gestaltung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse gemeinsam beizutragen.“

<sup>690</sup> § 140 Abs 1 ABGB betrifft den Kindesunterhalt: „Die Eltern haben zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten nach ihren Kräften anteilig beizutragen.“

<sup>691</sup> Die Ansprüche eines Begünstigten sind nur bei Vorliegen eines klagbaren Anspruches pfändbar; siehe hiezu *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 47 ff (insb Rz 53); *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 5 Rz 11.

<sup>692</sup> *Csoklich*, RdW 2000, 402.

<sup>693</sup> *Schauer*, in *Kathrein & Co* (Hrsg) Stiftungsletter 8/2006 16.

<sup>694</sup> *Csoklich*, RdW 2000, 402.

<sup>695</sup> *Schauer* bejaht auch in diesem Zusammenhang die Pfändbarkeit eines vorbehaltenen Änderungsrechts; siehe *ders*, in *Kathrein & Co* (Hrsg) Stiftungsletter 8/2006 16.

*Riedmann*<sup>696</sup> hingegen bevorzugt eine differenzierte Betrachtung bei der Prüfung, ob in Stiftungen eingebrachtes Vermögen nach dem Anspannungsgrundsatz in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen ist. Nach ihm sollte vorab geklärt werden, ob der Stifter noch wirtschaftlicher Eigentümer iSd Vermögensopfertheorie ist, was nach *Riedmann* va bei vorbehaltenem Widerrufs- oder Änderungsrecht angenommen wird. Ist dies zu bejahen, dh wurde seitens des Stifters das Vermögensopfer nicht erbracht, so sei die Stiftung zu negieren, das Vermögen und Einkommen der Privatstiftung dem Stifter zurechenbar und erhöhe somit ohne Anwendung des Anspannungsgrundsatzes die Unterhaltsbemessungsgrundlage.<sup>697</sup> Habe sich jedoch der Stifter endgültig des Vermögens entledigt, so prüft *Riedmann* in einem nächsten Schritt dessen unterhaltsrechtlich sorgfaltswidrige Verwendung. Diese sei dann nicht gegeben, wenn das Vermögen für gerechtfertigte Zwecke, wie etwa die Altersversorgung des Unterhaltspflichtigen, gewidmet wurde.

Schlussendlich ist daher nach *Riedmann* bei sorgfaltswidriger Vermögenswidmung das gestiftete Vermögen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen, andernfalls aber nicht. Eine Vermögenswidmung an eine Stiftung müsse daher nicht notwendig unterhaltsrechtlich sorgfaltswidrig sein.<sup>698</sup>

Nach *N. Arnold*<sup>699</sup> sei ein Unterhaltspflichtiger, der einen wesentlichen Teil seines Vermögens einer Privatstiftung widmet, deren Erträge ihm nicht zufließen, auf die fiktiven Erträge dieses Vermögens anzuspannen.<sup>700</sup> Der angemessene, sich nach dem von den Lebenspartnern einvernehmlich gewählten Lebenszuschnitt richtende, Unterhalt dürfe jedoch nicht überschritten werden. Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung vor Entstehen eines Unterhaltsanspruches haben – so *N. Arnold* – in der Regel außer Betracht zu bleiben und folgt er damit der Ansicht des OGH in dessen Entscheidung 6 Ob 180/01s,<sup>701</sup> in welcher es um den Anspruch auf Heiratsgut und Ausstattung ging.

Wie schon die eben angeführte Literatur<sup>702</sup> bezieht *B. Jud*<sup>703</sup> Zuwendungen aus der Privatstiftung an den Unterhaltspflichtigen in dessen Einkommen mit ein und zwar unabhängig davon, ob der unterhaltspflichtige Ehegatte selbst die Privatstiftung errichtet hat und somit das gestiftete Vermögen ursprünglich von ihm stammt oder die Zuwendungen von

---

<sup>696</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 81 f.

<sup>697</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 81.

<sup>698</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 82.

<sup>699</sup> *N. Arnold*, PSG Einl Rz 28.

<sup>700</sup> Dabei dürfte sich *N. Arnold* auf die Entscheidung 2 Ob 295/00x des OGH aus dem Jahr 2000 stützen, welche weiter unten in Punkt IV.B.1.1.1.2. *Judikatur* ausführlich erläutert und diskutiert wird.

<sup>701</sup> OGH 23.08.2001, 6 Ob 180/01s = JBI 2002, 176 = ecolex 2002/1.

<sup>702</sup> *Csoklich*, RdW 2000, 402; *Schauer*, Privatstiftung, in Kathrein & Co (Hrsg) Stiftungsletter 8/2006 16;

*Riedmann*, Privatstiftung, 81 f; *N. Arnold*, PSG Einl Rz 28.

<sup>703</sup> *B. Jud*, JB 2008, 164.

einer „fremden“ Stiftung erhält. Weiters führt *B. Jud* aus, dass ein unterhaltspflichtiger Ehegatte, dem entsprechende Einflussrechte auf die Privatstiftung zukommen, auf jene Erträge anzuspinnen sei, welche die Privatstiftung bei wirtschaftlich vernünftiger Vermögensverwaltung erzielen könnte.<sup>704</sup> Dabei sei unerheblich, wann die Privatstiftung errichtet und zu welchem Zeitpunkt die Vermögenswidmung an diese vorgenommen wurde. Solange dem Unterhaltspflichtigen Einflussmöglichkeiten auf die Privatstiftung zustehen, könne er auf die Erträge der Stiftung angespannt werden.<sup>705</sup> Behält sich der Stifter bei Errichtung der Privatstiftung jedoch keine Einflussrechte vor oder verzichtet nachträglich auf selbige, so scheidet die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes generell aus. Es sei allerdings diesbezüglich eine Benachteiligungsabsicht zu prüfen, bei deren Vorliegen es zu einer Anfechtung nach der AnfO kommen könne.<sup>706</sup>

Eine gänzlich neue Betrachtungsweise hinsichtlich der Unterhaltsproblematik iZm Privatstiftungen liefert *Limberg*.<sup>707</sup> Er beleuchtet die Rechtstellung des Stifters und des Begünstigten jeweils aus der Position sowohl des Unterhaltsverpflichteten als auch des Unterhaltsberechtigten und kommt zu folgenden Ergebnissen:

Im Falle der Unterhaltspflicht des Stifters unterscheidet *Limberg* zwei Schritte: einerseits die Unterhaltsbemessung und andererseits die Durchsetzung des Unterhaltsanspruches. So treffe den unterhaltspflichtigen Stifter die Obliegenheit, „*alle seine persönlichen wie finanziellen Mittel und Möglichkeiten so gut wie möglich zur Einkommenserzielung zu nutzen*“. Dh der Stifter habe sich zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten zu bemühen, soviel wie möglich und notwendig aus der Privatstiftung zu lukrieren. Dabei seien laufende Ausschüttungen wie auch die Ausübung des Widerrufsrechts denkbar. Sofern der Stifter keine Möglichkeit (mehr) habe ein Einkommen aus der Privatstiftung zu erzielen, scheidet nach *Limberg* die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes aus, weil dafür stets eine reale Einkommensmöglichkeit vorhanden sein müsse.<sup>708</sup>

In Bezug auf „*sorgfaltswidrig verwendetes Vermögen*“ folgt *Limberg* den Ausführungen *Riedmanns*<sup>709</sup> und meint, dass nicht jede Vermögenseinbringung in eine Privatstiftung sorgfaltswidrig sein müsse. Dies veranschaulicht er am Beispiel der Vermögenseinbringung in eine Familienstiftung, deren Begünstigte unterhaltsberechtigt sind.

---

<sup>704</sup> *B. Jud*, JB 2008, 170.

<sup>705</sup> *B. Jud*, JB 2008, 168.

<sup>706</sup> *B. Jud*, JB 2008, 167 (171).

<sup>707</sup> *Limberg*, Privatstiftung und Unterhalt, EF-Z 2008/101, 175.

<sup>708</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 177 offenbar *B. Jud*, JB 2008, 165 f zustimmend.

<sup>709</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 82.

Unerheblich sei dabei weiters, ob die Vermögenswidmung im Zuge des Stiftungsaktes oder später durch eine Nachstiftung erfolgte.<sup>710</sup>

Soll es zur Anspannung oder Einbeziehung von sorgfaltswidrig verwendetem (gestifteten) Vermögen kommen, so erfordere dies immer ein zumindest leicht schuldhaftes Verhalten des unterhaltspflichtigen Stifters und damit seine Kenntnis (und das Bestehen) des Unterhaltsanspruchs. Gibt es jedoch für den unterhaltspflichtigen Stifter keine Möglichkeit, Vermögen aus der Stiftung zu erlangen (also keine Anspannung), und hat er sich seines Vermögens auch nicht sorgfaltswidrig begeben, weil die Privatstiftung bereits vor Entstehen des Unterhaltsanspruches errichtet wurde und somit keine sorgfaltswidrige Verwendung vorliegt, so scheidet nach *Limberg* eine Berücksichtigung bei der Bemessung des Unterhalts aus.<sup>711</sup>

Hinsichtlich der Durchsetzung des Unterhaltsanspruches weist *Limberg* darauf hin, dass der Stifter als Unterhaltsschuldner für den Unterhaltsanspruch mit seinem gesamten Vermögen, dh auch mit pfändbaren Forderungsrechten gegenüber Dritten, hafte. Insb klagbare Ansprüche auf Ausschüttungen oder das Widerrufs- sowie das Änderungsrecht des Stifters seien pfändbare Rechte. Sofern der unterhaltspflichtige Stifter nicht über ausreichend pfändbare Werte verfügt, stelle sich die Frage, ob das Vermögen der Stiftung zur Deckung des Unterhaltsanspruches verwertet werden könne.<sup>712</sup> Als Anspruchsgrundlagen kämen die AnfO und die IO in Betracht. Als *lex specialis* möchte jedoch *Limberg* § 950 ABGB,<sup>713</sup> der die Schenkungsanfechtung bei „Verkürzung des schuldigen Unterhalts“ regelt, auf Vermögenseinbringungen an Stiftungen analog anwenden, zieht jedoch auch die Anwendung des § 198 StGB, der die vorsätzliche gröbliche Verletzung der Unterhaltspflicht unter Strafe stellt, in Betracht.<sup>714</sup>

Bei der Betrachtung der Rechtstellung des Unterhaltspflichtigen als Begünstigter kommt *Limberg* zu dem Ergebnis, dass sich dieser zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten ebenso bemühen müsse, soviel wie möglich aus der Privatstiftung zu lukrieren.<sup>715</sup> Anders als bei der Rechtstellung des Unterhaltspflichtigen als Stifter komme hier die Einbeziehung von sorgfaltswidrig verwendetem Vermögen aufgrund der Tatsache, dass das Stiftungsvermögen vom Stifter und nicht vom Begünstigten stamme, nicht in Betracht.

---

<sup>710</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 177.

<sup>711</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 177.

<sup>712</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 177.

<sup>713</sup> § 950 ABGB: „Wer jemandem den Unterhalt zu reichen schuldig ist, kann dessen Recht durch Beschenkung eines Dritten nicht verletzen. Der auf solcher Art Verkürzte ist befugt, den Beschenkten um die Ergänzung desjenigen zu belangen, was ihm der Schenkende nun nicht mehr zu leisten vermag. Bei mehreren Geschenknehmern ist die obige (§ 947) Vorschrift anzuwenden.“

<sup>714</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 178.

<sup>715</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 178.

*Limberg* wendet zudem § 1 USchG<sup>716</sup> an, sofern ein Begünstigter, der zugleich Unterhaltsschuldner ist, keiner Erwerbstätigkeit nachgeht und seinen Lebensunterhalt durch Ausschüttungen aus der Privatstiftung bestreitet.<sup>717</sup>

Sofern der Stifter Unterhaltsberechtigter ist, seien – so *Limberg* – vermögenswerte Ansprüche des Stifters, etwa auf Ausschüttung, Widerruf, Änderung udgl, ebenfalls bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen. Der Unterhaltsberechtigte müsse sich alle tatsächlichen Leistungen aus der Privatstiftung bedarfs- und unterhaltsmindernd anrechnen lassen; eine Obliegenheit zur Erzielung eigener Einkünfte hänge vom jeweiligen Unterhaltsanspruch ab.<sup>718</sup>

Zu guter Letzt erläutert *Limberg* das Vorgehen im Falle der Begünstigtenstellung des Unterhaltsberechtigten. Sofern der Unterhaltsbedarf des Berechtigten nicht vom Unterhaltsschuldner, sondern von dritter Seite gedeckt wird, erlischt der Unterhaltsanspruch nur, wenn und soweit diese Leistungen nicht in bloßer Vorschussabsicht getätigt wurden.<sup>719</sup> Nach *Limberg* müsse diese Regelung auch auf Privatstiftungen Anwendung finden. Kommt es also zu Zuwendungen seitens der Privatstiftung an den Unterhaltsberechtigten, mindere dies seinen Unterhaltsanspruch, sofern die Zuwendung nicht in bloßer Vorschussabsicht gewährt wurde.<sup>720</sup> Damit sei für *Limberg* klar, dass der unterhaltspflichtige Stifter seinen Unterhaltsanspruch [sic]<sup>721</sup> auch durch Einsetzung der Unterhaltsberechtigten als Begünstigte erfüllen könne.<sup>722</sup>

Für die Lösung der Frage, ob der Dritte – hier die Privatstiftung – einen Rückgriffsanspruch gegen den ursprünglichen Unterhaltsschuldner habe, beachtet *Limberg* die in der Stiftungserklärung festgelegte Absicht der Privatstiftung, die sich hinter der Zuwendung verbirgt: ist die Leistung des Dritten an den Unterhaltsschuldner als eine Zuwendung zu verstehen, so gäbe es keinen Regress (va gem § 1042 ABGB). Habe jedoch die Privatstiftung in der Absicht gehandelt, vom Unterhaltspflichtigen Ersatz zu begehren, bejaht *Limberg* einen Regressanspruch.<sup>723</sup>

---

<sup>716</sup> § 1 USchG: „Geht jemand, der gesetzlich zur Leistung von Unterhalt verpflichtet ist, keinem Erwerb nach, der ihm die Erfüllung dieser Pflicht ermöglichen würde, und gewährt ihm ein Dritter in Kenntnis dieser Pflicht Unterhalt, ohne seinerseits hiezu gesetzlich verpflichtet zu sein, so haftet der Dritte dem Unterhaltsberechtigten als Bürge und Zahler für die Unterhaltsschulden, die auf die Zeit der Unterhaltsgewährung entfallen.“

<sup>717</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 178.

<sup>718</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 178.

<sup>719</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 178; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht, 6 f.

<sup>720</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 178.

<sup>721</sup> Gemeint ist wohl seine Unterhaltspflicht.

<sup>722</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 178.

<sup>723</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 178.

### 1.1.1.2. Judikatur

Auch der OGH<sup>724</sup> hatte sich im Jahr 2000 mit der Klärung der Rechtsfrage zu beschäftigen, wie jene Fälle zu lösen sind, in denen der unterhaltspflichtige Ehegatte keinerlei Vermögenserträge von der Privatstiftung erhält, sondern diese in Letzterer verbleiben oder einem Dritten als Begünstigten zugewendet werden.

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Beklagte (der Ehegatte der Klägerin) eine Privatstiftung errichtet und einen wesentlichen Teil seines Vermögens in selbige eingebracht. Vermögenserträge aus der Privatstiftung sind weder ihm noch seinen Angehörigen zugekommen, doch hatte sich der Stifter das Recht, die Stiftungserklärung und die Stiftungszusatzurkunde zu seinen Lebzeiten in jede Richtung abzuändern, vorbehalten.

Für das Höchstgericht galt es nunmehr zu klären, ob zur Bemessung des nahehelichen Unterhalts der Ehefrau auch jene Vermögenserträge heranzuziehen waren, welche die Privatstiftung erzielen hätte können, also die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes auf Privatstiftungen.

Der OGH stützte sich in seiner Entscheidung auf den Anspannungsgrundsatz des § 94 ABGB, wonach bei einem für den angemessenen Unterhalt nicht ausreichenden Einkommen den nicht haushaltsführenden Ehegatten die Obliegenheit trifft, eine seinen Fähigkeiten entsprechende und zumutbare Erwerbstätigkeit zu entfalten, sofern diese nach der Wirtschaftslage ein deutlich höheres Einkommen verspricht. Der Ehegatte, der diese Obliegenheit schuldhaft verletzt, habe sich ein nach den Gegebenheiten erzielbares potentiell höheres Einkommen anrechnen zu lassen.

Hinsichtlich der Zuwendung von Vermögen gegenüber der Stiftung und die darin vorgenommene Veranlagung führte der OGH wie folgt aus:

*„Der Unterhaltspflichtige ist auch auf die bei entsprechender Sorgfalt erzielbaren Vermögenserträge anzuspannen; es ist daher auch Kapital unter Abwägungen von Ertrag und Risiko möglichst erfolversprechend anzulegen (JBl 1997, 647).<sup>725</sup> [...] Bei sorgfaltswidriger Verwendung des Vermögensstammes ist nach dem Anspannungsgrundsatz auch bereits verbrauchtes (hypothetisches) Vermögen in die*

---

<sup>724</sup> OGH 23.11.2000, 2 Ob 295/00x = EFSlg 91.858 = EFSlg 91.859 = EFSlg 91.862 = RZ-EÜ 2001/25.

<sup>725</sup> Vgl hiezu auch jüngst die Entscheidung des OGH 15.12.2009, 1 Ob 240/09i, in welcher er aussprach, dass zur Unterhaltsbemessungsgrundlage auch die fiktiven Erträge eines - auch im Erbweg erworbenen - Vermögens, die der Unterhaltspflichtige bei möglichst erfolversprechender Anlage des Kapitals zumutbarerweise erzielen kann, zählen.

*Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Umso mehr müssen auch fiktive Erträge des – unterhaltsrechtlich – sorgfaltswidrig verwendeten (nicht mehr vorhandenen) Vermögens bei der Unterhaltsbemessung berücksichtigt werden. Schädigungsabsicht ist nicht erforderlich.*

*In Anwendung dieser Grundsätze ist im Falle einer Stiftung dem Stifter, dem die Erträge der Stiftung widmungsgemäß nicht zukommen, jenes Einkommen, das aus dem Vermögen, dessen er sich zugunsten der Stiftung begeben hat, erzielbar gewesen wäre, bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen.“*

Nach dieser Entscheidung ist daher der Unterhaltspflichtige auf die fiktiven Erträge jenes Vermögens gem § 94 ABGB anzuspannen, dessen er sich zugunsten der Privatstiftung begeben hat.<sup>726</sup> Bei der Unterhaltsbemessung wird daher jenes Einkommen berücksichtigt, das aus dem gestifteten Vermögen erzielbar gewesen wäre.

Ferner entschied der OGH, dass sich bei Vorliegen eines ausreichenden Einkommens, aus dem der Unterhaltspflichtige den sich aus den fiktiven Erträgen ergebenden Teil des Unterhaltsbetrages bestreiten könne, eine Anfechtung nach der AnFO erübrige.<sup>727</sup>

### **1.1.1.3. Stellungnahme und eigene Ansicht**

Die oben erwähnten Lehrmeinungen<sup>728</sup> decken sich dahingehend, als Einigkeit hinsichtlich der Einbeziehung von Zuwendungen aus der Privatstiftung an den Unterhaltspflichtigen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage besteht und ist dem zweifelsfrei zuzustimmen. Die Zuwendungen „verbessern“ die finanzielle Situation des Unterhaltspflichtigen, sodass sich diese nach meinem Dafürhalten zu Recht auf die Höhe des Unterhaltsanspruches auswirken sollen. Geht der zur Unterhaltsleistung Verpflichtete keiner Erwerbstätigkeit nach und/oder lebt er ausschließlich von Zuwendungen aus der Privatstiftung, so ist konsequenter Weise der Anspannungsgrundsatz gem §§ 94 Abs 1, 140 Abs 1 ABGB anzuwenden, andernfalls der Unterhaltspflichtige seine Leistungspflicht umgehen könnte.<sup>729</sup> Dies wäre wohl kaum im Sinne der Rechtsordnung und noch weniger mit dem Rechtsempfinden eines „normalen“ Durchschnittsmenschen in Einklang zu bringen. Daher ist in diesem Punkt den og Lehrmeinungen uneingeschränkt beizupflichten.

---

<sup>726</sup> Siehe auch *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht, Rz 135.

<sup>727</sup> OGH 23.11.2000, 2 Ob 295/00x.

<sup>728</sup> *Csoklich*, RdW 2000, 402; *Schauer* in Kathrein & Co (Hrsg) Stiftungsletter 8/2006 16; *Riedmann*, Privatstiftung, 81 f; *N. Arnold*, PSG Einl Rz 28; *B. Jud*, JB 2008, 159; *Limberg*, EF-Z 2008/101, 178; siehe auch OGH 11.2000, 2 Ob 295/00x.

<sup>729</sup> Ebenso *Csoklich*, RdW 2000, 402; *Schauer* in Kathrein & Co (Hrsg) Stiftungsletter 8/2006 16; *N. Arnold*, PSG Einl Rz 28; *B. Jud*, JB 2008, 159; *Limberg*, EF-Z 2008/101, 175.

*Riedmanns*<sup>730</sup> Ansicht bedarf jedoch an dieser Stelle einer genaueren Betrachtung.

Zunächst ist ihm darin zuzustimmen, dass bei Nichtvorliegen eines Vermögensopfers des Stifters das Vermögen und Einkommen der Privatstiftung selbigem zuzurechnen sind und daher die Höhe der Unterhaltsbemessungsgrundlage – sogar ohne Anwendung des Anspannungsgrundsatzes - beeinflussen.

Sein Vorschlag, wonach das der Privatstiftung zuerkannte Vermögen lediglich bei sorgfaltswidriger Widmung bei der Unterhaltsbemessung Berücksichtigung finden soll, eröffnet auf den ersten Blick die Möglichkeit von für den Unterhaltsberechtigten nachteiligen Zuwendungen. Schließt man – wie von *Riedmann* gefordert – bei Vorliegen einer „seriösen“ Zweckwidmung, wie etwa für die Altersvorsorge, unter Aufgabe sämtlicher Einflussrechte auf das Vermögen (Erbringung des Vermögensopfers), die Einbeziehung dieses Vermögens bei der Unterhaltsbemessung aus, so wäre es für den Stifter ein Leichtes sein Vermögen unter dem Deckmantel der „gerechtfertigten Zweckwidmung“ zu schmälern.

Aufgrund der Tatsache, dass das Vorliegen einer „gerechtfertigten Zweckwidmung“ mE schwer überprüfbar bzw diskutabel sein wird, ist *Riedmanns* Ansicht nicht die endgültige Lösung des Problems der Vermögensverschiebung zum Nachteil von Unterhaltsberechtigten.

Den Ausführungen *N. Arnolds*,<sup>731</sup> wonach Zuwendungen an eine Privatstiftung vor Entstehen des Unterhaltsanspruches außer Betracht zu bleiben haben, ist zunächst entgegen zu halten, dass dadurch mutwilligen Vermögensverschiebungen „Tür und Tor“ geöffnet werden könnten. Zeichnet sich eine Scheidung in naher Zukunft ab, bräuchte der potentiell Unterhaltspflichtige lediglich „zeitgerecht“ einen Großteil seines Vermögens einer Privatstiftung widmen und hätte somit sein Vermögen im Aufteilungsverfahren gekonnt geschmälert. Dies würde sich in weiterer Folge naturgemäß für ihn positiv auf die Höhe seiner Unterhaltsverpflichtung auswirken.

Dennoch sind – wie *N. Arnold*, sich auf die Entscheidung 6 Ob 180/01s<sup>732</sup> des OGH stützend, richtig annimmt – Vermögensverringerungen vor Entstehen eines Anspruches außer Acht zu lassen. Denn ein Vermögenszusammenhalt in Erwartung möglicher künftiger Verpflichtungen, sei es ein Unterhalts- oder auch Erbanspruch, ist wohl niemandem zumutbar.<sup>733</sup> Zudem kann mE dem Rechtsunterworfenen nicht aufgetragen werden, sämtliche ehemals vorgenommenen Vermögensverschiebungen in ein etwaiges Unterhaltsverfahren einzubeziehen. Dies aber freilich nur, sofern der Verpflichtete die Vermögensverringerung in Unkenntnis des Unterhaltsanspruches vorgenommen hat, andernfalls ihm eine „böse Absicht“ unterstellt werden könnte.

---

<sup>730</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 81 f.

<sup>731</sup> *N. Arnold*, PSG Einl Rz 28.

<sup>732</sup> OGH 23.08.2001, 6 Ob 180/01s = JBI 2002, 176 = ecolex 2002/1.

<sup>733</sup> Vgl auch entsprechend die Entscheidung des OGH 6 Ob 180/01s.

Abschließend wird zusammengefasst, dass jedem Rechtssubjekt die freie Disposition über seine Güter zusteht, so auch Vermögen zB verschenkt werden kann. Handelt der potentiell Unterhaltspflichtige jedoch in Umgehungsabsicht, pflichte ich dem Höchstgericht<sup>734</sup> bei und spreche mich ebenso für die Einbeziehung des verbrachten Vermögens in die Unterhaltsbemessungsgrundlage aus.

*B. Jud*<sup>735</sup> macht bei der Einbeziehung der Zuwendungen aus einer Privatstiftung keinen Unterschied hinsichtlich der Rechtstellung des unterhaltspflichtigen Ehegatten: es werden Zuwendungen einbezogen, gleichgültig, ob die Privatstiftung vom Unterhaltspflichtigen seinerzeit errichtet wurde und er daher Stifter ist, oder dieser Zuwendungen von einer „fremden“ Privatstiftung erhält. Dieser Ansicht ist nach meinem Dafürhalten vollinhaltlich beizupflichten, da es für den Vermögenszuwachs seitens des potentiell Unterhaltspflichtigen irrelevant ist, woher die Zuwendung stammt. Tatsächlich wird das Vermögen vermehrt und hat daher dieser Vermögenszuwachs bei der Berechnung des Unterhaltsanspruches des Unterhaltsberechtigten berücksichtigt zu werden.<sup>736</sup>

*B. Juds* Ansatz, die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes von Einflussmöglichkeiten des Stifters auf die Privatstiftung abhängig zu machen,<sup>737</sup> erscheint mir korrekt. Der unterhaltspflichtige Ehegatte kann durch seine Einflussnahme auf die Privatstiftung deren „Geschäfte“ zumindest teilweise lenken, sodass es mE gerechtfertigt ist ihn auf jene Erträge anzuspannen, welche die Privatstiftung bei wirtschaftlich vernünftiger Vermögensverwaltung erzielen könnte.<sup>738</sup> Zudem hat sich der Unterhaltspflichtige seines Vermögens durch die vorbehaltenen Einflussrechte nicht zur Gänze begeben, sodass kein Vermögensopfer vorliegt und ihm somit dieses Vermögen in gewisser Weise nach wie vor zuzurechnen ist.<sup>739</sup> Verzichtet der Stifter dagegen auf Einflussmöglichkeiten bzw behält sich selbige nicht vor, so scheidet naturgemäß das der Stiftung zugewendete Vermögen zur Gänze aus seinem Vermögensstamm aus. Als Umkehrschluss zum vorher Gesagten ist er dies falls auf den gestifteten Betrag nicht anzuspannen.

Zusammenfassend bedeutet das, dass es ohne Vorliegen von Einflussmöglichkeiten zu keiner Anspannung kommt und decken sich diesbezüglich *B. Juds*<sup>740</sup> und *Riedmanns*<sup>741</sup> Ansichten.

---

<sup>734</sup> OGH 23.08.2001, 6 Ob 180/01s = JBI 2002, 176 = ecolex 2002/1.

<sup>735</sup> *B. Jud*, JB 2008, 164.

<sup>736</sup> Vgl *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB § 94 Rz 42 f.

<sup>737</sup> *B. Jud*, JB 2008, 170.

<sup>738</sup> *B. Jud*, JB 2008, 170.

<sup>739</sup> Vgl die ähnliche Situation bei der Diskussion des Beginns der Zwei-Jahres-Frist des § 91 Abs 1 EheG unter Punkt IV.A.5.2.4. *Berechnung des Beginns der Zwei-Jahres-Frist*.

<sup>740</sup> *B. Jud*, JB 2008, 170 f.

<sup>741</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 81 f; siehe auch weiter oben Punkt IV.B.1.1.1.1. *Literatur*.

Freilich könnte bei diesem Lösungsansatz der Einwand erhoben werden, der potentiell Unterhaltspflichtige widme einen Großteil seines Vermögens einer Privatstiftung, in welcher er keinerlei Einflussmöglichkeiten hat, um so den Unterhaltsanspruch des Berechtigten zu verkürzen. Fairerweise wird jedoch dies falls das Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht zu prüfen und bejahendenfalls eine Anfechtung nach der AnFO durchzuführen sein.

*Limbergs*<sup>742</sup> Herangehensweise an die Anspannungsthematik unterscheidet sich grundlegend von jener der anderen Autoren, da er den Stifter und den Begünstigten jeweils als Unterhaltsverpflichteten und Unterhaltsberechtigten betrachtet.

Offenbar in Anlehnung an *B. Juds*<sup>743</sup> Ausführungen kommt *Limberg* im Falle des Stifters als Unterhaltsverpflichteter ebenfalls zu dem Ergebnis, dass Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Anspannungsgrundsatzes das Vorliegen von Einflussmöglichkeiten des Stifters in der Privatstiftung ist.<sup>744</sup> Wie bereits oben ausgeführt, ist dieser Ansicht zuzustimmen, da bei vorbehaltenem Einflussrecht kein Vermögensopfer erbracht wurde.

Dass der unterhaltspflichtige Begünstigte ebenso alles Nötige zu tun habe, um der Unterhaltspflicht nachkommen zu können, erscheint mir gerecht. Als Begünstigter erhält er Zuwendungen, die seinerseits als Vermögenszuwachs zu betrachten sind. Da für die Bemessung des Unterhaltsanspruches sämtliches Einkommen<sup>745</sup> des Verpflichteten herangezogen wird, sind daher auch Zuwendungen aus einer Privatstiftung zu beachten.

Grundsätzlich ist verständlich, dass nicht jede Vermögenseinbringung in eine Privatstiftung per se sorgfaltswidrig sein muss, was auch *Riedmann*<sup>746</sup> betont und worin *Limberg*<sup>747</sup> diesem beipflichtet. Dennoch erscheint es mir – wie schon bei der Besprechung Riedmanns Ansicht erwähnt – schwierig, im Streitfall den Nachweis einer „gerechtfertigten Vermögenswidmung“ zu erbringen. In zeitlicher Nähe zu einer Scheidung wird eine Vermögenswidmung an eine Privatstiftung, sei diese auch als Familienstiftung ausgerichtet, dem Unterhaltsberechtigten mE stets bedenklich und somit „sorgfaltswidrig“ erscheinen. Der Berechtigte wird zur Erreichung eines „angemessenen“ Unterhaltes, verständlicherweise alles Nötige unternehmen, um die Bemessungsgrundlage für den Unterhalt möglichst zu erhöhen. Dh der Stifter bzw unterhaltspflichtige Ehegatte kommt in die Situation den Nachweis zu erbringen, das Vermögen für einen gerechtfertigten Zweck gewidmet zu haben. Gelingt dieser Nachweis, scheidet das Vermögen aus der Unterhaltsbemessung aus; wenn

---

<sup>742</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 175.

<sup>743</sup> *B. Jud*, JB 2008, 165 f.

<sup>744</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 177.

<sup>745</sup> *Schwimmann/Ferrari* in *Schwimmann*, ABGB § 94 Rz 42 f.

<sup>746</sup> *Riedmann*, Privatstiftung, 82.

<sup>747</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 177.

nicht, muss nach *Limberg* zumindest leicht schuldhaftes Verhalten des unterhaltspflichtigen Stifters und damit seine Kenntnis vom Bestehen des Unterhaltsanspruches vorliegen,<sup>748</sup> wodurch diesem Lösungsansatz gegenüber Riedmanns Vorschlag grundsätzlich der Vorzug einzuräumen wäre. Dennoch halte ich die Beweisführung hinsichtlich einer „*gerechtfertigten Vermögenswidmung*“ als äußerst schwierig, sodass letztendlich auch Limbergs Ansicht in diesem Bereich überdacht werden sollte.

In der Rechtsposition des Stifters als Unterhaltsberechtigten ist es klar, dass sich dieser, wie jeder Unterhaltsberechtigte, sämtliche Ansprüche, etwa auf Ausschüttung, Widerruf und dgl unterhaltsmindernd anzurechnen lassen hat. Sein Vermögen erfährt durch diese Ansprüche einen Wertzuwachs, sodass bei der Berechnung der Höhe des Unterhaltsanspruches, der als eine Art naheheliche Beistandspflicht zu verstehen ist,<sup>749</sup> der dem Berechtigten die Umstellung auf eine (finanziell) neue Situation erleichtern soll, eben dieser Wertzuwachs Eingang finden soll und vermögenden Unterhaltsberechtigten der Unterhaltsanspruch entsprechend angepasst wird.

Zur Entscheidung des OGH 2 Ob 295/00x vom 23.11.2000 ist zu sagen, dass die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes gem § 94 ABGB zweifelsohne zu bejahen ist, um dem unterhaltsberechtigten Ehegatten einen angemessenen Unterhalt gewähren zu können. Auch ist die Einbeziehung von bereits verbrauchtem (hypothetischen) Vermögen in die Bemessungsgrundlage bei sorgfaltswidriger Verwendung des Vermögensstammes nachvollziehbar. Dennoch gebe ich erneut die Schwierigkeit des Nachweises einer „*sorgfaltswidrigen Verwendung*“ des Vermögens zu bedenken. Zu aufwendig im Beweisverfahren und zu nervenaufreibend für die Streitparteien erscheint mir diese Voraussetzung für die Einbeziehung gewidmeten Vermögens in die Unterhaltsbemessungsgrundlage.

Hinsichtlich der Lösung der Frage, wann nun der Anspannungsgrundsatz bei Privatstiftungen Anwendung finden soll, ist den Ausführungen *B. Juds*<sup>750</sup> der Vorzug zu geben und folgt daraus nachstehendes klares Ergebnis:

Behält sich der Stifter Einflussrechte hinsichtlich der Privatstiftung vor, gelangt der Anspannungsgrundsatz zur Anwendung und ist daher der unterhaltspflichtige Ehegatte auf jene Erträge anzuspannen, die seitens der Privatstiftung bei wirtschaftlich vernünftiger Vermögensverwaltung erzielbar wären.

---

<sup>748</sup> *Limberg*, EF-Z 2008/101, 177.

<sup>749</sup> *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 66 EheG Rz 1

<sup>750</sup> *B. Jud*, JB 2008, 164.

Begibt sich der Unterhaltsverpflichtete sämtlicher Einflussrechte scheidet die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes aus. Erfolgt die Aufgabe der Einflussrechte in zeitlicher Nähe zum Unterhaltsverfahren, jedoch noch vor Entstehen eines Unterhaltsanspruches, so kommt es auch diesfalls zu keiner Anspannung. Es wird jedoch eine – mE schwer beweisbare – Benachteiligungsabsicht zu prüfen sein und bestehenden falls zu einer Anfechtung nach der AnfO kommen.

Wird das Vermögen vor Entstehen des Unterhaltsanspruches der Privatstiftung zugewendet, kann der Stifter nur bei Vorliegen von Einflussmöglichkeiten auf die Erträge der Stiftung angespannt werden.

## **2. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse**

Nach den bisher diskutierten Lehrmeinungen und daraus folgenden Ergebnissen ist an dieser Stelle zusammenfassend festzuhalten:

1. Ein Ehegatte kann seine Unterhaltspflicht durch „*Zwischenschaltung*“ einer Privatstiftung nicht umgehen.
2. Die Höhe des Unterhalts richtet sich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen im Unterhaltsverfahren.<sup>751</sup>
3. Zuwendungen aus der Privatstiftung an den Unterhaltspflichtigen werden in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einbezogen.
4. Sofern sich der Stifter Einflussrechte auf die Privatstiftung vorbehält, gelangt der Anspannungsgrundsatz (gem § 94 Abs 1 für den Ehegattenunterhalt oder §140 Abs 1 ABGB für den Kindesunterhalt) zur Anwendung.
5. Behält sich der Stifter keinerlei Einflussmöglichkeiten vor bzw. verzichtet er auf selbige, scheidet die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes aus. Eine Anfechtung nach der AnfO ist jedoch bei Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht denkbar.
6. Kommt es zu einer Vermögenswidmung vor Entstehen des Unterhaltsanspruches, kann der Stifter nur bei Vorliegen von Einflussmöglichkeiten auf die Erträge der Stiftung angespannt werden.

---

<sup>751</sup> N. Arnold, PSG Einl Rz 28; Limberg, EF-Z 2008/101, 175.

## C. Auskunftspflichten der Privatstiftung bei Scheidung des Stifters

Bis dato wurde besprochen, dass der Stifter seine Unterhaltspflichten sowie den Aufteilungsanspruch des Ehegatten nicht durch Widmung seines Vermögens an eine Privatstiftung umgehen kann.

Wie kommt jedoch der berechtigte Ehegatte zu der für die Unterhaltsbemessung sowie für die Aufteilung wichtigen Information, welche Vermögenswerte in die Stiftung eingebracht bzw dem Verpflichteten zugewendet wurden?

Ohne dieses Wissen ist eine gerechte Abhandlung im Scheidungsverfahren nicht möglich, zumal der Berechtigte die Höhe seines Anspruches beziffern muss.<sup>752</sup>

Es soll daher im Folgenden zunächst die Voraussetzungen, Inhalt sowie prozessuale Durchsetzung des Auskunftsanspruches nach § 30 PSG<sup>753</sup> im Detail dargestellt werden. Zudem werden idZ relevante Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes besprochen.

### 1. Grundsätzliches zur Auskunftspflicht der Privatstiftung

Nach § 30 Abs 1 PSG stehen dem Begünstigten<sup>754</sup> ein Auskunftsanspruch über die Erfüllung des Stiftungszwecks und ein Einsichtsrecht gegenüber der Privatstiftung zu. Das Einsichtsrecht bezieht sich auf den Jahresabschluss, den Lagebericht, den Prüfungsbericht, die Bücher, auf die Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde. Bei diesem Auskunftsanspruch des Begünstigten handelt es sich um eines der Kontrollinstrumentarien der Privatstiftung.<sup>755</sup> Eine Sonderprüfung gem § 31 PSG<sup>756</sup> kann der Begünstigte hingegen nur beantragen, wenn ihm dieses Recht in der Stiftungserklärung eingeräumt wurde.<sup>757</sup>

Sofern die Privatstiftung dem Auskunftsverlangen des Begünstigten in angemessener Frist nicht nachkommt, kann das Gericht die Einsicht, gegebenenfalls durch einen Buchsachverständigen, anordnen. Dies jedoch nur auf Antrag des Begünstigten (Abs 2 leg cit).

Hinsichtlich eines Scheidungsverfahrens des Stifters ist idZ interessant, ob Unterhaltsberechtigte, die nicht Begünstigte sind, ebenfalls einen Auskunftsanspruch

<sup>752</sup> *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>7</sup> (2009), Rz 528.

<sup>753</sup> Die Überschrift des § 30 PSG ist insofern zu eng gefasst, als sie das Einsichtsrecht nicht nennt (vgl auch *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 1); sofern in vorliegender Arbeit vom Auskunftsrecht des Begünstigten die Rede ist, ist stets immer auch das Einsichtsrecht gemeint.

<sup>754</sup> Das Gesetz spricht idZ ausschließlich von Begünstigten. Ob auch Letztbegünstigten (§ 6 PSG) die Rechte nach § 30 PSG zukommen, wird weiter unten in Punkt *C.1.1.1. Kreis der Begünstigten iSd § 30 PSG* erörtert.

<sup>755</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 30 PSG.

<sup>756</sup> Nach § 31 Abs 1 PSG kann jedes Stiftungsorgan (dh insb Stiftungsvorstand und Stiftungsprüfer, gegebenenfalls auch Aufsichtsrat) zur Wahrung des Stiftungszwecks bei Gericht die Anordnung einer Stiftungsprüfung beantragen.

<sup>757</sup> *N. Arnold*, PSG § 31 Rz 4; siehe auch *Hofmann*, GesRZ 2006, 19

gegenüber der Privatstiftung geltend machen können, um die Höhe des Unterhalts entsprechend bemessen zu können.

### **1.1. Begünstigtenstellung als (materiellrechtliche) Voraussetzung für den Auskunftsanspruch**

Jedem einzelnen<sup>758</sup> Begünstigten steht der Auskunftsanspruch und das Einsichtsrecht zu. Nach einhelliger Ansicht.<sup>759</sup> ist ein Ausschluss<sup>760</sup> dieser Rechte (auch nicht durch entsprechende Regelungen in der Stiftungserklärung) nicht möglich.

Der Begriff des Begünstigten richtet sich nach § 5 PSG.<sup>761</sup> Mangels fehlender Definition des Begriffs des Begünstigten, ist als Begünstigter anzusehen, wer Zuwendungen von der Privatstiftung erhält<sup>762</sup> bzw dem Vorteile aus der Privatstiftung zukommen sollen.<sup>763</sup>

Der Gesetzgeber geht dabei von einem weiten Begünstigtenbegriff aus, da auch auskunftsberechtigt sein soll, wer keinen Anspruch auf Erhalt von Zuwendungen gegen die Privatstiftung hat (sog Ermessensbegünstigter<sup>764</sup>).<sup>765</sup>

Wer aber zählt in concreto zum Kreis der Begünstigten?

#### **1.1.1. Kreis der Begünstigten iSd § 30 PSG**

Unstrittig ist jene Person Begünstigter der Privatstiftung, die in der Stiftungserklärung als solche bezeichnet wird (§ 5 1. Satz PSG).

Dem Stifter steht es jedoch frei, die Person des Begünstigten zb durch eine Stelle (§ 9 Abs 1 Z 3 PSG) feststellen zu lassen oder den Eintritt der Begünstigtenstellung von einer Bedingung abhängig zu machen.

---

<sup>758</sup> Ein Begünstigter kann nicht an die Mitwirkung anderer Begünstigter gebunden werden: *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 2; *G. Nowotny*, Die Anforderungen an die Stiftungsurkunde aus dem Blickwinkel des Firmenbuchgerichts, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen, 137 (152); *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG, § 30 Rz 2.

<sup>759</sup> *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 2; *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG, § 30 Rz 1; *Hofmann*, GesRZ 2006, 20; *Kalss* in *Kathrein & Co* (Hrsg) Stiftungsletter 15/2010, 5; *Lins*, Die Informations- und Auskunftsrechte von Begünstigten nach dem liechtensteinischen und österreichischen Stiftungsrecht im Vergleich, in *Eiselsberg (Hrsg)*, Jahrbuch Stiftungsrecht 2009 (2009), 367 (386).

<sup>760</sup> Hinsichtlich einer etwaigen Einschränkung des Auskunftsanspruches des § 30 PSG durch den Stifter besteht in der Literatur Uneinigkeit. Zu dieser Thematik siehe weiterführend etwa *Bruckner/Fries/Fries*, Familienstiftung, 57 f; *Hofmann*, GesRZ 2006, 20 f; *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, Privatstiftungsgesetz, ecolex spezial (1993), 71 ff; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen, 93 f; *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG, § 30 Rz 1; *Kalss* in *Kathrein & Co* (Hrsg), Stiftungsletter 15/2010, 5; *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 10.

<sup>761</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 30 Abs 1 PSG; *Hofmann*, GesRZ 2006, 21; siehe allgemein zur Rechtstellung des Begünstigten oben Abschnitt II.F. *Der Begünstigte*.

<sup>762</sup> *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, PSG, ecolex spezial, 26;

<sup>763</sup> *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 2; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen, 82.

<sup>764</sup> Ermessensbegünstigter ist jener, der in der Stiftungserklärung als Destinatär bezeichnet oder dessen Identifikation möglich ist, ein klagbarer Anspruch jedoch nicht eingeräumt wird; *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 28, 48; *Hofmann*, GesRZ 2006, 22.

<sup>765</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 30 Abs 1 PSG.

Zum besseren Verständnis werden nachstehend Beispiele für in einer Stiftungserklärung festgelegte Bedingung und Auflagen aufgezeigt:

1. „*Meine Tochter soll nach erfolgreichem Abschluss ihres Studiums eine monatliche Unterstützung in Höhe von EUR 3.000,00 erhalten.*“
2. *Meinem Neffen soll ab der Erreichung seines dreißigsten Lebensjahres ein monatlicher Beitrag von EUR 2.000,00 zukommen.*“

In beiden Fälle beginnt die Begünstigtenstellung erst mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung. Im ersten Beispiel ist die Zuwendung der Privatstiftung vom positiven Abschluss des Studiums abhängig, im zweiten Beispiel vom Erreichen des dreißigsten Lebensjahres.

Zu klären ist nun, ob eine Person, deren Begünstigtenstellung aufschiebend bedingt ist, bereits zum Kreis der Begünstigten zählt und in weiterer Folge Begünstigtenrechte, wie etwa den Auskunftsanspruch nach § 30 PSG hat.

#### 1.1.1.1. Literatur

Die hL<sup>766</sup> vertritt die Ansicht, dass Personen, deren Begünstigung von sonstigen Bedingungen abhängt, als bloß potentiell Begünstigte lediglich ein Anwartschaftsrecht auf Erlangung der Begünstigtenstellung hätten und deshalb nicht als (aktuell) Begünstigte iSd PSG anzusehen wären. Daher seien ihnen die Begünstigtenrechte (grundsätzlich)<sup>767</sup> nicht einzuräumen.

*Briem*<sup>768</sup> begründet diese Auffassung va mit der „*eher formalen Fassung des § 5 PSG*“. Dessen Definition des Begünstigten knüpfe an die Bezeichnung oder Feststellung des Begünstigten und eben nicht daran an, dass jemandem Erträge von der Privatstiftung zukommen sollen.

Auch *N. Arnold*<sup>769</sup> bezieht sich auf die fehlende Definition des Begriffs des Begünstigten durch den Gesetzgeber und räumt die Begünstigtenstellung – ausgehend von

---

<sup>766</sup> *N. Arnold*, Geplante Änderungen im Privatstiftungsgesetz, *ecolex* 2000, 877 f; *ders*, PSG § 5 Rz 26, § 30 Rz 2b; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), *Privatstiftungen*, 82; *Bruckner/Fries/Fries*, *Familienstiftung*, 58; OGH 15.12.2004, 6 Ob 180/04w, WBI 2005/179, 332 = RdW 2005/317, 295 = GeS 2005, 154 [Anm *N. Arnold*] = *ecolex* 2005/210, 453, =GesRZ 2005, 140; vgl auch *Kalss/Zollner*, *Die gesetzlichen Rechte der Begünstigten*, GesRZ 2008, 125 (126); *Resch/Schimka/Schörghofer*, *Auskunftspflichten der Privatstiftung*, PSR 2009/12, 64 (65); so offenbar auch *Lins*, JB 2009, 385.

<sup>767</sup> Einige Autoren gewähren Ausnahmen für das Auskunftsrecht: siehe dazu sogleich.

<sup>768</sup> *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), *Privatstiftungen*, 83; so auch *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 126 (132 ff).

<sup>769</sup> *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 2.

einer allgemeinen Begriffsbestimmung – nur jenen Personen ein, die Zuwendungen bzw Vorteile von der Privatstiftung erhalten sollen. Der Auskunftsanspruch sowie das Einsichtsrecht nach § 30 PSG stünden demnach jedem Begünstigten iSd § 5 PSG zu, wobei darunter nur aktuell Begünstigte, dh Personen, deren Begünstigtenstellung bereits begonnen und noch nicht geendet hat, zu verstehen seien. Eine Nachwirkung der Begünstigtenstellung sei jedoch anzunehmen, um den Anspruch des Begünstigten nicht ad absurdum zu führen.<sup>770</sup> Letztbegünstigten (§ 6 PSG) räumt *N. Arnold* jedoch kein Auskunfts- oder Einsichtsrecht nach § 30 leg cit ein. Aufgrund der ganz exakten und bewussten Trennung zwischen Begünstigten und Letztbegünstigten durch den Gesetzgeber kämen die Rechte des § 30 PSG ausschließlich Begünstigten iSd § 5 PSG zu. Auch eine analoge Anwendung des § 30 PSG auf Letztbegünstigte scheidet mangels Vorliegen einer planwidrigen Lücke aus.<sup>771</sup> Worin jedoch *N. Arnold* eine planwidrige Lücke des Gesetzes sieht, ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Frage eines sog *vorgelagerten Auskunftsanspruchs* unbeantwortet lässt.

Da man logischer Weise seinen Auskunftsanspruch nur bei Wissen um selbigen ausüben könne, gewährt *N. Arnold* diesen Personen einen eingeschränkten Auskunftsanspruch in Analogie zu § 30 PSG zwecks Klärung der Frage, ob sie begünstigt sind oder nicht. Gleich verhalte es sich mit jenen Personen, die einmal Begünstigte waren und nun nicht mehr wüssten, ob ihre Begünstigtenstellung noch aufrecht ist. Diese hätten daher ein eingeschränktes Auskunftsrecht hinsichtlich ihrer aktuellen Rechtsstellung.<sup>772</sup>

Der OGH hatte sich 2004<sup>773</sup> in einer Entscheidung mit dem Problembereich potentieller Begünstigung ebenfalls zu befassen und die beiden og Ansichten<sup>774</sup> offenbar übernommen. Das Höchstgericht meint, dass Personen, deren Begünstigtenstellung aufschiebend bedingt oder (für die Zukunft) befristet ist, noch keine Begünstigten (noch keine "aktuell" Begünstigten) im Sinn der §§ 35 PSG<sup>775</sup> seien. Diese potentiell Begünstigten hätten lediglich ein Anwartschaftsrecht auf Erlangung der Begünstigtenstellung und demnach stünden ihnen die Rechte nach § 30 PSG nicht zu.<sup>776</sup> Eine nähere Begründung für das Versagen des Informationsrechtes bleibt der OGH schuldig.

---

<sup>770</sup> *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 2.

<sup>771</sup> *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 2d.

<sup>772</sup> *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 1a; vgl hiezu auch OGH 15.12.2004, 6 Ob 180/04w, WBI 2005/179, 332 = RdW 2005/317, 295 = GeS 2005, 154 [Anm *N. Arnold*] = ecolex 2005/210, 453, =GesRZ 2005, 140.

<sup>773</sup> OGH 15.12.2004, 6 Ob 180/04w, WBI 2005/179, 332 = RdW 2005/317, 295; vgl in weiterer Folge OGH 2.7.2009, 6 Ob 101/09 k.

<sup>774</sup> *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen, 83; *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 2, § 30 Rz 2 ff.

<sup>775</sup> In der Entscheidung werden lediglich die Begünstigtenrechte iSd § 35 PSG genannt. Die Entscheidungsveröffentlichung WBI 2005/179, 335 enthält jedoch die redaktionelle Anmerkung, dass der Verweis auf § 35 PSG „wohl auch“ als solcher auf § 30 PSG zu verstehen sei.

<sup>776</sup> Vgl auch die Entscheidung des OLG Linz 13.08.2008, 6 R 138/08v.

Weitere Vertreter dieser Auffassung sind *Kalss/Zollner*.<sup>777</sup> Begründet wird die Nichtgewährung des Auskunftsanspruches bei lediglich potentieller Begünstigung damit, dass zum einen letztere vom Gesetzeswortlaut gar nicht erfasst wären, zum anderen diesem Begünstigentyp für das Einräumen des Informationsrechtes regelmäßig das Kontrollinteresse fehle. Außerdem bestehe die Gefahr durch eine Vielzahl von Auskunftsbegehren die operative Tätigkeit der Privatstiftung lahm zu legen. Zudem habe der Stifter diese Personen als (bloß) potentiell Begünstigte eingesetzt, dh ihre Begünstigtenstellung an den Eintritt von Bedingungen und Befristungen geknüpft, und diesen – bis zum Bedingungseintritt bzw Fristablauf – eben gerade kein aktuelles wirtschaftliches Interesse an den Geschicken der Privatstiftung gewährt. Somit sei ein allgemeiner Bedarf nach Kontrolle durch diesen Begünstigentyp nicht gegeben.

Die Autoren sprechen sich jedoch – unter Bezugnahme auf die oe OGH Entscheidung aus dem Jahr 2004<sup>778</sup> – dann für die Gewährung eines eingeschränkten Einsichts- und Auskunftsrechts aus, wenn der potentiell Begünstigte prüfen möchte, ob er in der Stiftungserklärung als Begünstigter genannt wird.<sup>779</sup> Ausnahmsweise käme auch dann die Erweiterung des Auskunftsrechts in Betracht, wenn dadurch Kontrolldefizite vermieden werden, weil etwa weder aktuell Begünstigte, noch solche mit klagbarem Anspruch, sondern lediglich potentiell Begünstigte vorhanden sind. Ähnlich gelagert sei der Fall bei Existenz verschiedener Begünstigtenstämme, die nicht alle durch informationsberechtigte Begünstigte repräsentiert werden. Hier könne ein Kontrolldefizit zulasten jenes Begünstigtenstamms entstehen, der ausschließlich durch potentiell Begünstigte repräsentiert wird. Durch die Gewährung des Informationsrechtes in den og Fällen werde daher die notwendige – vom Gesetz vorgesehene – Kontrolle sichergestellt.<sup>780</sup>

Letztbegünstigte, denen nicht zugleich auch die Begünstigtenstellung eingeräumt wurde, seien nach dem Gesetzestext keine Adressaten des Auskunftsrechts. Insb das Einsichtsrecht in die Stiftungszusatzurkunde sei jedoch für Letztbegünstigte von Bedeutung, da in dieser Regelungen über die Letztbegünstigten getroffen werden können (§ 9 Abs 2 Z 12 iVm § 10 Abs 2 PSG). Ob die Verteilung des Liquidationserlöses im Sinne des Stifters vorgenommen werde, könne nur über das Einsichtsrecht in die Stiftungszusatzurkunde kontrolliert werden.<sup>781</sup> Durch eine analoge Anwendung des Auskunftsrechts nach § 30 Abs 1 PSG auf Letztbegünstigte für die Dauer der Abwicklung könne ein so entstehendes Kontrolldefizit verhindert werden. IdZ befassen sich *Kalss* und *Zollner* auch mit der Frage, ob Letztbegünstigten nicht auch *vor* dem Zeitpunkt der Abwicklung, sprich zu Zeiten der

---

<sup>777</sup> *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 125; siehe auch *Kalss* in *Kathrein & Co* (Hrsg) *Stiftungsletter* 15/2010, 5.

<sup>778</sup> OGH 15.12.2004, 6 Ob 180/04w, WBI 2005/179, 332 = RdW 2005/317, 295 = GeS 2005, 154 [Anm N. Arnold] = *ecolex* 2005/210, 453, =GesRZ 2005, 140.

<sup>779</sup> *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 134.

<sup>780</sup> *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 134.

<sup>781</sup> *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 130.

werbenden Privatstiftung das Informationsrecht nach § 30 PSG zusteht.<sup>782</sup> Sofern auskunftsberechtigte Begünstigte fehlen, sei eine analoge Anwendung des § 30 leg cit auf Letztbegünstigte unter denselben Voraussetzungen<sup>783</sup> wie für potentiell Begünstigte zu überlegen, da zudem Letztbegünstigte eigentlich auf den Liquidationserlös beschränkte potentiell Begünstigte seien.<sup>784</sup>

*Resch/Schimka/Schörghofer*<sup>785</sup> schließen sich vornehmlich den Ausführungen von *Kalss/Zollner*<sup>786</sup> an, indem auch sie grundsätzlich den potentiell Begünstigten das Auskunftsrecht verweigern, jedoch Ausnahmen gewähren.<sup>787</sup> Sofern weder aktuell Begünstigte, noch Begünstigte mit klagbarem Anspruch vorhanden sind, ergäbe sich der Auskunftsanspruch der potentiell Begünstigten aus der Überlegung, dass § 30 PSG seiner Bestimmung als Instrument der Foundation Governance<sup>788</sup> sonst nicht gerecht werden könne.<sup>789</sup> Zudem spreche für die Gewährung des Auskunftsanspruchs der potentiell Begünstigten das Gleichbehandlungsinteresse sowohl des Stifters, als auch des PSG<sup>790</sup> hinsichtlich aller Begünstigten;<sup>791</sup> anderes könne sich jedoch aus der Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde ergeben.<sup>792</sup>

Die Frage, ob auch Letztbegünstigten (§ 6 PSG) ein Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 30 PSG zusteht, verneinen die Autoren und begründen ihre Ansicht damit, dass Letztbegünstigte vom Wortlaut des § 30 leg cit nicht erfasst seien.<sup>793</sup> Da selbigen allerdings ebenso wie den Begünstigten nach § 5 PSG ein Interesse an Auskunft zuzuerkennen und selbiges Voraussetzung für die Überprüfung einer korrekten Verteilung des Liquidationserlöses sei, sprechen sich die Autoren für eine analoge Erstreckung des Auskunftsrechts gem § 30 PSG auf Letztbegünstigte ab der Auflösung der Privatstiftung aus.

---

<sup>782</sup> *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 130.

<sup>783</sup> Siehe dazu oben innerhalb der Wiedergabe dieser Autorenmeinung.

<sup>784</sup> *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 130.

<sup>785</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 64.

<sup>786</sup> *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 125.

<sup>787</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 65.

<sup>788</sup> Dieser Begriff entstammt dem liechtensteinischen Recht und ist darunter der rechtliche und faktische Ordnungsrahmen für die Überwachung eines Unternehmens, übertragen auf Stiftungen und vergleichbare Organisationen zu verstehen; siehe dazu *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung (2009) Rz 442 ff; *Lins*, JB 2009, 369.

<sup>789</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 66.

<sup>790</sup> EBRV PSG 1132 BlgNr 18. GP zu § 23 Abs 2.

<sup>791</sup> Vgl dazu auch *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 135.

<sup>792</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 66.

<sup>793</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 66.

Hinzu komme das Informationsrecht in jenen Ausnahmefällen,<sup>794</sup> in denen auch den potentiell Begünstigten die Rechte des § 30 PSG analog eingeräumt werden.<sup>795</sup>

Besteht für eine Person begründeter Anlass zur Annahme einer Begünstigtenstellung, so sei auch ihr in analoger Anwendung des § 30 PSG ein Anspruch auf Auskunft hinsichtlich der Begünstigteneigenschaft zu gewähren.<sup>796</sup>

*Hofmann*<sup>797</sup> gelangt bei seiner Untersuchung hinsichtlich der Begünstigtenstellung und der damit verbundenen Rechte zu einem anderen – begünstigtenfreundlichen – Ergebnis. Er möchte auch einer Person, deren Begünstigtenstellung aufschiebend bedingt ist das Auskunftsrecht nach § 30 PSG einräumen und zählt diese Person daher offenbar zum Kreis der Begünstigten.

Auch *Hofmann* argumentiert damit, dass § 5 PSG keine Definition des Begünstigten enthalte, sondern sich vielmehr auf den Stiftungszweck (§ 1 Abs 1 PSG) beziehe und ein allgemeines (materielles) Verständnis vom Begriff des Begünstigten als Adressaten des Zwecks voraussetze. Zudem würde auch der Kontrollzweck des § 30 PSG für das Einbeziehen des anwartschaftsberechtigten Begünstigten in den Kreis der auskunftsberechtigten Personen sprechen. Die wirtschaftlichen Interessen des Anwartschaftsberechtigten seien von einer pflichtwidrigen Gebarung der Stiftung ebenso betroffen wie jene des aktuell Begünstigten.

Daher spricht sich *Hofmann* für die Zuerkennung des durch § 30 leg cit geschützten Kontrollinteresses an einen potentiell Begünstigten<sup>798</sup> und in weiterer Folge auch an Letztbegünstigte aus. Die Definition des Begünstigten in § 5 PSG setze ein allgemeines außerrechtliches Begriffsverständnis voraus, unter das auch der Letztbegünstigte falle, weil dieser nach der Abwicklung der Privatstiftung Vermögen aus der Stiftung erhalten soll. Daher lassen teleologische, am Kontrollzweck des § 30 leg cit ausgerichtete, Erwägungen zumindest dessen analoge Anwendung auf den Letztbegünstigten geboten erscheinen.<sup>799</sup>

Weiters ist für *Hofmann* die in der Lehre<sup>800</sup> und Rspr vertretene Ansicht, wonach es aufgrund der Begünstigtenstellung (nur) zu *Nachwirkungen* selbiger kommt, unzulänglich. Bei Annahme, dass Personen, die lediglich einmal eine Zuwendung erhalten haben, danach

---

<sup>794</sup> Wenn weder Begünstigte mit klagbarem Anspruch noch aktuell Begünstigte vorhanden sind, räumt die hL potentiell Begünstigten ein Auskunftsrecht ein. Weiters, wenn es verschiedene Begünstigtenstämme gibt und nicht alle durch auskunftsberechtigte Begünstigte repräsentiert werden; siehe dazu *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 65; vgl auch *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 134.

<sup>795</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 66.

<sup>796</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 66.

<sup>797</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 21; siehe auch die Entscheidung des OGH 6 Ob 101/09k vom 2.7.2009, in dessen Verfahren der Autor den Revisionsrekurswerber vertritt.

<sup>798</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 23.

<sup>799</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 25.

<sup>800</sup> Vgl etwa N. Arnold, PSG § 5 Rz 39.

sofort ihre Begünstigtenstellung verlieren, würde man deren Überwachungsrechte, va den Auskunftsanspruch des § 30 PSG, ad absurdum führen.<sup>801</sup> Um dies zu verhindern leiten deshalb Lehre<sup>802</sup> und Rspr<sup>803</sup> aus dem Zweck des § 30 leg cit sog *Nachwirkungen* aus einer bereits beendeten Begünstigtenstellung für die Dauer eines angemessenen Zeitraumes ab.

Dem stimmt *Hofmann* grundsätzlich zu, verbindet jedoch – um Wertungswidersprüche mit dem Normzweck des § 30 PSG zu vermeiden – mit der Anwartschaft auf die Begünstigtenstellung auch *Vorwirkungen*, die dem Anwartschaftsberechtigten, dh dem potentiell Begünstigten mit Entstehen der Stiftung den Auskunftsanspruch nach § 30 leg cit verleihen.<sup>804</sup>

### 1.1.1.2. Stellungnahme und eigene Ansicht

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 5 PSG ist mE klar, dass lediglich aktuell Begünstigte bzw Begünstigte mit klagbarem Anspruch Begünstigte iSd § 5 PSG sind und ist daher den Vertretern dieser Ansicht sowie auch dem Höchstgericht<sup>805</sup> zuzustimmen.<sup>806</sup>

Räumt der Stifter einer Person erst bei Eintritt bestimmter Bedingungen oder Auflagen (zB Überleben des Erstbegünstigten, Abschluss einer Ausbildung, etc) die Begünstigtenstellung ein, so ist ja noch nicht klar, ob diese Person jemals tatsächlich Begünstigter wird. Aufgrund dieser lediglich bedingten Rechtsposition ist der potentiell Begünstigte eben gerade kein Begünstigter iSd § 5 PSG, sondern lediglich Anwartschaftsberechtigter und ist ihm daher auch das Auskunfts- und Einsichtsrecht gem § 30 PSG zu versagen.<sup>807</sup>

Daher geht auch die Argumentation *Hofmanns*,<sup>808</sup> den potentiell Begünstigten sowie Letztbegünstigten das Auskunftsrecht aufgrund deren wirtschaftlichen Interesses an der pflichtwidrigen Gebarung der Privatstiftung einzuräumen, fehl. Das Vorhandensein des genannten Interesses wird zwar grundsätzlich nicht bestritten, dennoch ist nach meinem Dafürhalten dem Stifterwillen der Vorzug zu geben: ist der Stifter bestrebt bestimmten Personen sofort Begünstigtenstellung und die damit verbunden Rechte einzuräumen, so wird

---

<sup>801</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 24; siehe auch *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 39.

<sup>802</sup> *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 39.

<sup>803</sup> OGH 15.12.2004, 6 Ob 180/04w, WBI 2005/179, 332 = RdW 2005/317, 295 = GeS 2005, 154 [Anm *N. Arnold*] = *ecolex* 2005/210, 453, =GesRZ 2005, 140.

<sup>804</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 23.

<sup>805</sup> OGH 15.12.2004, 6 Ob 180/04w, WBI 2005/179, 332 = RdW 2005/317, 295 = GeS 2005, 154 [Anm *N. Arnold*] = *ecolex* 2005/210, 453, =GesRZ 2005, 140.

<sup>806</sup> Vgl *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 26; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen, 82; *Bruckner/Fries/Fries*, Familienstiftung, 58; *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 126; *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 65.

<sup>807</sup> Vgl *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 26.

<sup>808</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 23.

er dies in der Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde vermerken, indem er diese Personen als aktuell Begünstigte bezeichnet. Weil der Stifter aber offenbar genau den gegenteiligen Effekt erzielen wollte, nämlich eine bedingte Rechtstellung dieser Personen, die dadurch lediglich ein Anwartschaftsrecht auf Begünstigung erhalten, kann durch eine analoge Anwendung des § 30 PSG eine Erweiterung des Begünstigtenkreises mE nicht ohne Bedenken herbeigeführt werden.

Begründen lässt sich dies mit dem Zweck des § 30 PSG: dieser ist *das* Kontrollinstrument der Begünstigten,<sup>809</sup> die aufgrund ihrer Rechtsposition wohl eminentes Interesse an der korrekten Erfüllung des Stiftungszwecks bzw ordnungsgemäßen Verwaltung der Stiftung haben, soll ihnen doch – nach dem Willen des Stifters – ein Vorteil aus der Stiftung zukommen. Mit Hilfe des Auskunftsrechts kann daher der Begünstigte Missstände<sup>810</sup> innerhalb der Stiftungsverwaltung aufzeigen (etwa Verfehlung des Stiftungszwecks). Sofern die Privatstiftung dem Auskunftersuchen nicht nachkommt, steht dem Begünstigten bekanntlich die Beschreitung des Gerichtsweges offen (§ 30 Abs 2 PSG), sodass für die Stiftungsorgane die Motivation, die in der Stiftungserklärung getroffenen Anordnungen gewissenhaft zu befolgen, steigt.<sup>811</sup>

Aufgrund der Tatsache, dass der potentiell Begünstigte noch gar keine Zuwendung erhält, kann ihm– mangels berechtigtem Kontrollinteresse – nicht das Recht eingeräumt werden, die Privatstiftung auf eine korrekte Vermögensverwaltung zu kontrollieren, wo doch nicht absehbar ist, ob er jemals aktuell Begünstigter wird.<sup>812</sup> Letztbegünstigte fallen schon per se nicht unter den Begriff der Begünstigten und haben sie daher grundsätzlich kein Auskunftsrecht nach § 30 PSG. Zur Frage, ob diese unter bestimmten Voraussetzungen vielleicht doch einen Auskunftsanspruch haben, wird sogleich Stellung genommen.

In der Praxis stellt sich mitunter die Frage, wie eine Person ihre etwaige Begünstigtenstellung in Erfahrung bringen kann. IdZ weichen innerhalb der Lehre *Kalss/Zollner*<sup>813</sup> und *Resch/Schimka/Schörghofer*<sup>814</sup> - unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OGH 6 Ob 180/04w<sup>815</sup> – in gewissen Ausnahmesituationen von der strikten Ablehnung eines Auskunftsanspruchs der potentiell Begünstigten ab.

---

<sup>809</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 30; *Hofmann*, GesRZ 2006, 19; *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 132; *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 1.

<sup>810</sup> Siehe auch *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 9.

<sup>811</sup> Vgl *Hofmann*, GesRZ 2006, 19.

<sup>812</sup> In diesem Sinne auch *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 134.

<sup>813</sup> *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 130 und 134 ff.

<sup>814</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 66.

<sup>815</sup> OGH 15.12.2004, 6 Ob 180/04w, WBI 2005/179, 332 = RdW 2005/317, 295 = GeS 2005, 154 [Anm *N. Arnold*] = *ecolex* 2005/210, 453, =GesRZ 2005, 140.

Personen, die hinsichtlich ihrer Begünstigtenstellung im Unklaren sind, ist ein eingeschränktes Einsichts- bzw Auskunftsrecht zu gewähren, damit diese ihre Nennung in der Stiftungserklärung überprüfen können. Diese Ansicht deckt sich mit der bereits erläuterten Auffassung *N. Arnolds*<sup>816</sup> zum sog vorgelagerten Auskunftsanspruch.

Auch argumentieren *Kalss/Zollner*<sup>817</sup> und *Resch/Schimka/Schörghofer*,<sup>818</sup> dass im Falle des Nichtvorhandenseins von Begünstigten mit klagbarem Anspruch und aktuell Begünstigten zumindest potentiell Begünstigten ein Informationsrecht einzuräumen ist, da ansonsten eine „*kontrollfreie Privatstiftung*“ vorläge. Dies kann wohl kaum im Sinne des Stifters sein, der den von ihm gewählten Stiftungszweck verwirklicht sehen möchte, jedoch auch nicht im Sinne des PSG. Ebenso spreche ich mich für den Vorschlag der og Autoren aus, das Auskunftsrecht auch dann potentiell Begünstigten zu gewähren, wenn verschiedene Begünstigtenstämme existieren, jedoch nicht alle durch informationsberechtigte Begünstigte repräsentiert werden.<sup>819</sup>

Diese Lösungsansätze verfolgen mE (auch) den Gedanken, die Einhaltung des Stifterwillens zu verfolgen. Das kann freilich nur gelingen, wenn man hinsichtlich selbigen informiert ist, da ansonsten die Verwirklichung des Stiftungszwecks bzw Stifterwillen nicht überprüfbar ist.

Die Ansicht der Autoren, Letztbegünstigten für die Dauer der Abwicklung zwecks Überprüfung der gerechten Verteilung des Liquidationserlöses, ein Auskunftsrecht gem § 30 PSG analog einzuräumen, halte ich für sinnvoll. Ab diesem Zeitpunkt besteht bei den Letztbegünstigten ein berechtigtes Interesse an einer korrekten Vorgehensweise durch die Stiftungsorgane, die nur mittels Informationen hinsichtlich der Verteilung „überwacht“ werden können. Fehlt eine derartige Kontrolle, entstünde wiederum eine vom Stifter wohl ungewollte „*kontrollfreie*“ Privatstiftung, von der der Letztbegünstigte zwar Vorteile bezieht, jedoch die Korrektheit der Abwicklung nicht nachvollziehen könnte. Zudem tritt mE die Tatsache, dass Letztbegünstigte bereits von vornherein ein Interesse an einer ordnungsgemäßen Gebarung der Privatstiftung haben, da ihre Rechtsposition bereits in der Stiftungserklärung verankert wurde, wohingegen potentiell Begünstigten – wie schon mehrfach erwähnt – möglicherweise niemals aktuell Begünstigte werden. Die analoge Anwendung des § 30 PSG auf Letztbegünstigte für die Dauer der Abwicklung ist daher angemessen.

Aber auch zu Zeiten der verbenden Privatstiftung, sofern auskunftsberechtigte Begünstigte fehlen, soll nach meinem Dafürhalten den Letztbegünstigten unter denselben

---

<sup>816</sup> *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 1a; siehe dazu auch OGH 15.12.2004, 6 Ob 180/04w, WBI 2005/179, 332 = RdW 2005/317, 295 = GeS 2005, 154 [Anm *N. Arnold*] = ecoloex 2005/210, 453, =GesRZ 2005, 140.

<sup>817</sup> *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 134; vgl auch *Kalss* in *Kathrein & Co* (Hrsg) Stiftungsletter 15/2010, 5.

<sup>818</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 65 f.

<sup>819</sup> *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 134; *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 65.

Voraussetzungen wie für potentiell Begünstigte ein Auskunftsrecht nach § 30 PSG analog zukommen, um auch diesfalls ein Kontrolldefizit zu vermeiden. Es ist sohin den Ansichten von *Kalss/Zollner*<sup>820</sup> und *Resch/Schimka/Schörghofer*<sup>821</sup> auch in diesem Punkt zu folgen.<sup>822</sup>

### 1.1.1.3. Zwischenergebnis

In einem Zwischenergebnis ist daher wie folgt festzuhalten:

1. Lediglich aktuell Begünstigte und Begünstigte mit klagbarem Anspruch sind Begünstigte iSd § 5 PSG.
2. Potentiell Begünstigten kommt ein Auskunftsanspruch nach § 30 PSG grundsätzlich nicht zu.
3. In folgenden Ausnahmesituationen wird auch potentiell Begünstigten ein Auskunftsanspruch nach § 30 PSG gewährt:
  - Zur Überprüfung, ob sie in der Stiftungserklärung als Begünstigte genannt sind,
  - Wenn weder Begünstigte mit klagbarem Anspruch noch aktuell Begünstigte vorhanden sind, und
  - wenn verschiedene Begünstigtenstämme vorhanden sind, von denen jedoch nicht alle durch informationsberechtigte Begünstigte repräsentiert werden.
4. Letztbegünstigte fallen entgegen der Ansicht *Hofmanns*<sup>823</sup> nicht unter den Begriff der Begünstigten iSd § 30 PSG. Ihnen steht somit grundsätzlich kein Auskunfts- und Informationsrecht nach § 30 leg cit zu.
5. In nachstehenden Fällen ist Letztbegünstigten ein Auskunftsrecht in analoger Anwendung des § 30 PSG einzuräumen:
  - Für die Dauer der Abwicklung, um die Verteilung des Liquidationserlöses im Sinne des Stifters zu verfolgen und um ein eventuelles Kontrolldefizit zu vermeiden.

---

<sup>820</sup> *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 130.

<sup>821</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 66.

<sup>822</sup> Vgl ablehnend *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 2d.

<sup>823</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 25.

- Zu Zeiten der werbenden Stiftung, sofern andere auskunftsberechtigte Begünstigte fehlen, unter den gleichen Voraussetzungen wie für potentiell Begünstigte.

## 1.2. Inhalt und Umfang der Auskünfte

Wie bereits erläutert<sup>824</sup> besteht gem § 30 PSG für Begünstigte eine Kontrollmöglichkeit in Form des Rechts, Auskünfte zu verlangen,<sup>825</sup> wobei der Stiftungsvorstand als Vertreter der Privatstiftung zur Auskunftserteilung verpflichtet ist (§ 17 Abs 1 PSG).

Der Auskunftsanspruch bezieht sich auf Informationen hinsichtlich der Erfüllung des Stiftungszwecks<sup>826</sup>, wobei der Anspruch nach § 30 leg cit umfangmäßig geringer ist als jener des Stiftungsprüfers nach § 21 Abs 1 PSG<sup>827</sup> iVm § 272 UGB<sup>828, 829</sup>.

Auskunft kann auch darüber verlangt werden, ob bestimmte Maßnahmen gesetzt worden sind, nicht jedoch hinsichtlich künftiger Maßnahmen.<sup>830</sup> Da der Auskunftsanspruch auch Missstände aufzeigen soll, seien – so *N. Arnold* – von diesem aber ebenso Maßnahmen umfasst, die dem Stiftungszweck zuwiderlaufen.<sup>831</sup> Ein rechtliches Interesse am Auskunftsanspruch muss der Begünstigte nicht nachweisen, jedoch liegt die Grenze der Rechtsausübung in der Schikane und im Rechtsmissbrauch.<sup>832</sup>

<sup>824</sup> Siehe Punkt IV.C.1. Grundsätzliches zur Auskunftspflicht der Privatstiftung.

<sup>825</sup> *Lins*, JB 2009, 386.

<sup>826</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 30 Abs 1; vgl *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 66; *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 9.

<sup>827</sup> „Der Stiftungsprüfer hat den Jahresabschluss einschließlich der Buchführung und den Lagebericht innerhalb von drei Monaten ab Vorlage zu prüfen. Hinsichtlich Gegenstand und Umfang der Prüfung gilt § 269 Abs 1 UG, hinsichtlich des Auskunftsrechts § 272 UGB sinngemäß.“

<sup>828</sup> § 272. (1) Die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft haben dem Abschlussprüfer den Jahresabschluss und den Lagebericht unverzüglich nach der Aufstellung vorzulegen. Sie haben ihm zu gestatten, die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände und Schulden zu prüfen.

(2) Der Abschlussprüfer kann von den gesetzlichen Vertretern alle Aufklärungen und Nachweise verlangen, die er für eine sorgfältige Prüfung als notwendig ansieht. Er hat diese Rechte sowie die gemäß Ab 1 auch schon vor Aufstellung des Jahresabschlusses. Soweit er es für eine sorgfältige Prüfung als notwendig ansieht, hat der Abschlussprüfer diese Rechte auch gegenüber Mutter- und Tochterunternehmen.

(3) Die gesetzlichen Vertreter einer Gesellschaft, die einen Konzernabschluss aufzustellen hat, haben dem Abschlussprüfer des Konzernabschlusses den Konzernabschluss, den Konzernlagebericht, die Jahresabschlüsse, Lageberichte und, wenn eine Prüfung stattgefunden hat, die Prüfungsberichte des Mutterunternehmens und der Tochterunternehmen vorzulegen. Der Abschlussprüfer hat die Rechte gemäß Abs 1 und Abs 2 bei dem Mutterunternehmen und den Tochterunternehmen, die Rechte gemäß Abs 2 auch gegenüber den Abschlussprüfern des Mutterunternehmens und der Tochterunternehmen.“

<sup>829</sup> *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 9.

<sup>830</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 30 Abs 1; *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 9.

<sup>831</sup> *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 9.

<sup>832</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 26; *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 7.

Das Einsichtsrecht des Begünstigten ist deutlich umfangreicher als das Auskunftsrecht<sup>833</sup> und umfasst die Einsichtnahme in den Jahresabschluss, den Lagebericht, den Prüfungsbericht, die Bücher sowie Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde.

Anders als das Auskunftsrecht ist das Einsichtsrecht nicht auf Dokumente beschränkt, die der Beurteilung der Erfüllung des Stiftungszwecks dienen.<sup>834</sup> Einsicht kann sowohl in aktuelle, aber auch in historische Unterlagen begehrt werden, soweit darin kein Rechtsmissbrauch oder Schikane zu sehen ist.<sup>835</sup>

Das PSG spricht lediglich von „*Einsichtnahme*“ in die Unterlagen.<sup>836</sup> Um jedoch eine effektive Kontrolle der Stiftungsverwaltung zu gewährleisten,<sup>837</sup> erscheint die Herstellung von Kopien und Abschriften auf eigene Kosten des Einsichtsberechtigten geboten und zulässig. Freilich nur, wenn dem nicht ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse der Privatstiftung entgegensteht.<sup>838</sup>

Abschließend ist auf die Verhältnismäßigkeit des Auskunftersuchens hinzuweisen.<sup>839</sup>

Der Auskunftsanspruch soll seinem Umfang nach unter Bedachtnahme auf nach den Umständen des Einzelfalles sachlich gebotene Differenzierungen begrenzt werden. Somit ist eine Interessenabwägung zwischen den Belastungen für die Privatstiftung und allenfalls Eingriffen in begründete Interessen anderer Begünstigter und dem Informationsbedürfnis des Anspruchstellers vorzunehmen<sup>840</sup> und gegebenenfalls das Auskunftsverlangen zu verweigern.<sup>841</sup>

### 1.3. Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsverlangens

§ 30 Abs 2 PSG regelt die Durchsetzung. Kommt die Privatstiftung dem Verlangen des Begünstigten in angemessener Frist nicht nach, kann dieser bei Gericht den Antrag stellen, die Einsicht, gegebenenfalls durch einen Buchsachverständigen, anzuordnen.

---

<sup>833</sup> N. Arnold, PSG § 30 Rz 9.

<sup>834</sup> Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 66; N. Arnold, PSG § 30 Rz 9.

<sup>835</sup> N. Arnold, PSG § 30 Rz 9; Kalss in Kathrein & Co (Hrsg) Stiftungsletter 15/2010, 6; Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 66; so auch Hofmann, GesRZ 2006, 27.

<sup>836</sup> siehe Kalss/Zollner, GesRZ 2008, 132.

<sup>837</sup> Kalss/Zollner, GesRZ 2008, 132.

<sup>838</sup> N. Arnold, PSG § 30 Rz 10a; Kalss/Zollner, GesRZ 2008, 132; Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 66; Kalss in Kathrein & Co (Hrsg) Stiftungsletter 15/2010, 6.

<sup>839</sup> Hofmann, GesRZ 2006, 26 f; N. Arnold, PSG § 30 Rz 7; Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 66;

<sup>840</sup> Hofmann, GesRZ 2006, 27.

<sup>841</sup> Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 66.

Für das Verfahren zuständig ist gem § 40 PSG der für den Sitz der Privatstiftung zuständige, zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in Handelssachen berufene Gerichtshof erster Instanz. Dieser entscheidet im Verfahren außer Streitsachen.<sup>842</sup>

Antragsteller ist der Begünstigte, Antragsgegner ist die Privatstiftung, und nicht der Stiftungsvorstand *ad personam*.<sup>843</sup>

Die „Angemessenheit der Frist“ richtet sich nach der Art und Umfang des Auskunftsbegehrens unter Berücksichtigung der Verhältnisse der konkreten Stiftung<sup>844</sup> und ist daher einzelfallbezogen zu bemessen. Eine unangemessene Frist hat das Gericht lediglich nach Einwand der Privatstiftung zu berücksichtigen.<sup>845</sup>

Die im Antrag vom Begünstigten zu erstattenden Angaben zur Begünstigtenstellung sind für die Prüfung seiner Antragslegitimation notwendig.<sup>846</sup> Weiters ist im Antrag darzulegen, wann und in welchem Umfang Auskunft bzw Einsicht begehrt wurde.<sup>847</sup>

Schikanöse oder missbräuchliche Rechtsausübung, sowie das Vorliegen von Unverhältnismäßigkeit sind vom Gericht nur über Einwand der Privatstiftung zu prüfen.<sup>848</sup>

In der Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, ob nur das Einsichtsrecht gerichtlich durchgesetzt werden kann,<sup>849</sup> oder auch eine Durchsetzungsmöglichkeit hinsichtlich des Auskunftsanspruchs besteht.<sup>850</sup> Die Ablehnung der gerichtlichen Durchsetzung des Auskunftsanspruchs wird mit dem Wortlaut des Gesetzestextes begründet, da der Gesetzgeber lediglich die Anordnung der Einsicht in Abs 2 *leg cit* genannt hat.<sup>851</sup>

Nach *N. Arnold*<sup>852</sup> käme jedoch eine Erweiterung der Anordnungsmöglichkeiten des Gerichtes zur Erteilung von Auskünften dann in Betracht, wenn das Einsichtsrecht insoweit ins Leere ginge, als die Bücher keine ausreichende Aufklärung geben.

ME kann es nicht Intention des Gesetzgebers gewesen sein, dem Begünstigten einen materiellrechtlichen Anspruch einzuräumen, der jedoch formellrechtlich nicht durchsetzbar

---

<sup>842</sup> Daher sind für die Durchsetzung der Ansprüche die §§ 79 ff AußStrG anzuwenden.

<sup>843</sup> *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 14.

<sup>844</sup> *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 11; *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 30 Rz 9.

<sup>845</sup> *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 11.

<sup>846</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 28.

<sup>847</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 28; *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 11.

<sup>848</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 28; *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 11.

<sup>849</sup> So etwa *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 11; *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 30 Rz 8; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang (Hrsg)*, Privatstiftungen, 95.

<sup>850</sup> Bejahend *Hofmann*, GesRZ 2006, 29; *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 67.

<sup>851</sup> Siehe *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 11; *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 30 Rz 8; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang (Hrsg)*, Privatstiftungen, 95.

<sup>852</sup> *N. Arnold*, PSG § 30 Rz 11.

ist.<sup>853</sup> Dadurch würde ja Sinn und Zweck des Auskunftsanspruchs, nämlich eine Kontrollmöglichkeit der Begünstigten zu schaffen, konterkariert werden.

Zudem weisen *Resch/Schimka/Schörghofer*<sup>854</sup> zutreffend darauf hin, dass die Materialien von der gerichtlichen Durchsetzung des „Auskunftsanspruchs“ sprechen und die Einsichtnahme in die Bücher durch einen Sachverständigen dann ablehnen, wenn die begehrte Auskunft aus den genannten Unterlagen der Privatstiftung nicht erteilt werden kann.<sup>855</sup> Daraus könne eine Einschränkung auf das Einsichtsrecht nicht entnommen werden. Weiters ist nach meinem Dafürhalten schon deshalb der Ausschluss der Durchsetzung des Auskunftsrechts abzulehnen, da die Materialien<sup>856</sup> eindeutig zwischen dem „Auskunftsanspruch“ und dem „Einsichtsrecht“ differenzieren und somit (auch) kein Versehen des Gesetzgebers vorliegt.

Sohin ist den Befürwortern der Durchsetzungsmöglichkeit des Auskunftsanspruchs zu folgen.

Bei der Durchsetzung stellt sich jedoch in der Praxis ein weiteres Problem.

Geteilte Auffassung besteht darüber, ob der Begünstigte mit einer sog *Stufenklage*<sup>857</sup> gegen die Privatstiftung vorgehen kann.<sup>858</sup>

Als eine der Ausnahmen vom Bestimmtheitsgebot des § 226 Abs 1 ZPO<sup>859</sup> verfolgt die Stufenklage den Zweck, auch Forderungen, deren genau Höhe dem Kläger nicht bekannt ist, weil der Beklagte die erforderlichen Unterlagen hat und deren Herausgabe bzw die Einsichtnahme in diese verweigert, einklagen zu können.<sup>860</sup>

Für die Stufenklage charakteristisch ist ein zweistufiges Klagebegehren:

- Das (bestimmte) Begehren auf Rechnungslegung oder auf eidliche Angabe des Vermögens oder der Schulden (Manifestationsklage);
- Das (vorerst) unbestimmte Begehren auf Herausgabe des Vermögens oder Zahlung der Schulden

---

<sup>853</sup> So auch *Hofmann*, GesRZ 2006, 29, der durch die Ablehnung der Durchsetzung des Auskunftsanspruchs ansonsten dessen präventive Wirkung genommen sieht; *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 67.

<sup>854</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 67.

<sup>855</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 30 Abs 2.

<sup>856</sup> EBRV PSG 1132 BlgNR 18. GP zu § 30 Abs 2.

<sup>857</sup> Art XLII Abs 3 EGZPO: „Wenn mit der Klage auf eidliche Angabe des Vermögens die Klage auf Herausgabe desjenigen verbunden wird, was der Beklagte aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse schuldet, so kann die bestimmte Angabe der Leistungen, welcher der Kläger beansprucht, vorbehalten werden, bis die eidliche Angabe über das Vermögen gemacht ist.“

<sup>858</sup> Vgl ablehnend *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 50; *Größ*, Rechtsfragen der Begünstigtenstellung, in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts (2001), 205 (234); aA *Hofmann*, GesRZ 2006, 31; *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR2009/12, 67.

<sup>859</sup> § 226 Abs 1 ZPO: „Die mittels vorbereitenden Schriftsatzes anzubringende Klage hat ein bestimmtes Begehren zu enthalten, die Tatsachen, auf welche sich der Anspruch des Klägers in Haupt- und Nebensachen gründet, im einzelnen kurz und vollständig anzugeben, und ebenso die Beweismittel im einzelnen genau zu bezeichnen, deren sich der Kläger zur Nachweise seiner tatsächlichen Behauptung bei der Verhandlung zu bedienen beabsichtigt.“; siehe auch *Rechberger/Simotta*, Grundriss, Rz 528 f.

<sup>860</sup> *Rechberger/Simotta*, Grundriss, Rz 530.

Zunächst wird über das Manifestationsbegehren mit Teilurteil entschieden.<sup>861</sup>  
Danach ist das Zahlungs- und Herausgabebegehren ausreichend bestimmt zu gestalten und darüber mit Endurteil zu entscheiden.<sup>862</sup>

Voraussetzung ist jedenfalls für das Begehren auf Rechnungslegung ein zivilrechtlicher Anspruch auf Rechnungslegung; bei der Klage auf eidliche Vermögensangabe wird das Vorliegen eines privatrechtlichen Interesses an der Ermittlung des Vermögens oder der Schulden vorausgesetzt.<sup>863</sup>

Die dem Begünstigten keine Stufenklage gewährende Lehre begründet ihre Ansicht damit, dass der Begünstigte den Auskunftsanspruch nach § 30 iVm § 40 PSG im Außerstreitverfahren durchsetzen müsse.<sup>864</sup>

Bestehe ein derartiger Anspruch, so sei nach *N. Arnold*<sup>865</sup> auch ein zivilrechtlicher Rechnungslegungsanspruch gegeben, der die Durchsetzung der Ansprüche im Wege der Stufenklage ermögliche.

*Hofmann*<sup>866</sup> und *Rassi*,<sup>867</sup> die beide die Stufenklage gem Art XLII Abs 3 EGZPO als zulässig erachten, führen ins Treffen, dass selbige bereits auf ein Leistungsbegehren (und nicht bloß auf eine Auskunft) abziele, wobei lediglich dessen Höhe einer späteren Angabe vorbehalten bleibe. Es würde dem präventiven Charakter des Verfahrens über die Durchsetzung von Auskunftsansprüchen und Grundsätzen der Prozessökonomie widersprechen, wenn der Begünstigte zur Feststellung der Höhe seiner Ansprüche den Umweg über ein gesondertes Auskunftsverfahren nehmen müsste, anstatt sogleich auf das einfacherer Mittel der Stufenklage zurückzugreifen.<sup>868</sup>

Meiner Ansicht nach ist dieser Argumentation zuzustimmen.

---

<sup>861</sup> *Konecny* in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/1<sup>2</sup>(2002) Art XLII EGZPO Rz 121 f.

<sup>862</sup> *Konecny* in *Fasching* II/1 Art XLII EGZPO Rz 109 ff; *Rechberger/Simotta*, Grundriss, Rz 530.

<sup>863</sup> *Rechberger/Simotta*, Grundriss, Rz 391 aktuelle Rz suchen!!!

<sup>864</sup> *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 50; *Größ* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 234.

<sup>865</sup> *N. Arnold*, PSG § 5 Rz 50.

<sup>866</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 31.

<sup>867</sup> *Rassi*, Verfahrensrechtliche Frage der Buheinsicht, ÖJZ 1997, 891 (892).

<sup>868</sup> *Hofmann*, GesRZ 2006, 31; *Rassi*, ÖJZ 1997, 892; beide Autoren stützen ihre Ansicht auf die Rsp zur Buheinsicht des Handelsvertreters: die Rsp habe dem (selbstständigen) Handelsvertreter im Hinblick auf seinen Anspruch auf Buheinsicht die Stufenklage jahrzehntelang verweigert. Erst in seiner E vom 17.12.1992 ging der OGH (verst Senat) von dieser Judikatur ab und begründete dies damit, dass es dem Zweck der dem Handelsvertreter mit der Buheinsicht eingeräumten Kontrollbefugnis widerspreche, wenn man diese nicht als zusätzliches, sondern als ausschließliches Kontrollmittel interpretieren würde: OGH 17.12.1992, 8 Ob 527/92 (verst Senat) = JBI 1993, 249 = eolex 1993, 236.

## 2. Auskunftspflicht der Privatstiftung im Unterhaltsrecht

### 2.1. Auskunftspflicht im Verfahren wegen Kindesunterhalt

#### 2.1.1. Die OGH Entscheidung 10 Ob 46/08z<sup>869</sup>

In einer bemerkenswerten Entscheidung aus dem Jahr 2008 hat der OGH<sup>870</sup> festgehalten, dass im Verfahren betreffend Kindesunterhalt die Privatstiftung auskunftspflichtig werden könne.

Eine kurze Darstellung des Sachverhalts:

*Die Antragstellerin beehrte in einem Antrag, die Verlassenschaft nach ihrem verstorbenen unterhaltspflichtigen Vater bzw nach der Einantwortung seine Erben zur Zahlung eines erhöhten Unterhalts zu verpflichten. Dies sowohl für die Zukunft, jedoch auch rückwirkend für die Vergangenheit. Grund dafür war die gewonnene Erkenntnis im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung darüber, dass der Vater zu Lebzeiten eine Privatstiftung errichtet und dieser als Stifter EUR 50.000,00, sowie Liegenschaft im Wert von EUR 225.000,00 gewidmet habe. Zwecks Neubemessung des Unterhalts beantragte die Tochter, der Privatstiftung die Bekanntgabe sämtlicher Vermögenszuwendungen seitens des Vaters sowie die Vorlage von Urkunden iZm diesen Zuwendungen bei sonstiger Verhängung einer Geldstrafe von zumindest je EUR 1.000,00 über sämtliche Stiftungsvorstandsmitglieder aufzutragen. Die Privatstiftung als Antragsgegnerin legte nur die Stiftungsurkunde vor und verwies darauf, dass die Antragstellerin nicht zu den Begünstigten der Privatstiftung zähle, weshalb ihr auch ein Bucheinsichtsrecht nach § 30 PSG nicht zustehe.*

Das ErstG gab dem Antrag statt, das RekursG gab dem gegen den stattgebenden Beschluss erhobenen Rekurs der Privatstiftung folge, wies ihn jedoch, soweit er sich gegen die „neuerliche Aufforderung [zur Vorlage der genannten Urkunden]<sup>871</sup>“ richtete, zurück.

Der OGH führte zunächst aus, dass – wie vom RekursG richtig erkannt – im Verfahren außer Streitsachen ein Unterhaltsanspruch der Antragstellerin nur für den Zeitraum bis zum Tod des unterhaltspflichtigen Vaters geltend gemacht werden könne.

Die Unterhaltsschuld nach § 142 ABGB, dh Unterhaltsansprüche nach dem Tod des Unterhaltspflichtigen, sei im streitigen Rechtsweg durchzusetzen.<sup>872</sup>

---

<sup>869</sup> Siehe auf diese E bezugnehmend OGH 02.07.2009, 6 Ob 101/09k = ecolex 2009/337 = NZ 2010/9 = PSR 2009/7 (Hofmann) = ZfS 2010, 12 (Leitner).

<sup>870</sup> OGH 23.09.2008, 10 Ob 46/08z = JBI 2009, 235 = ZfS 2009, 84 = PSR 2009/5, 39 (Zollner) = ecolex 2009/13 (B. Jud) = EvBl 2009/37 (Graf-Schimke) = iFamZ 2009/6 (Neumayr).

<sup>871</sup> Anm Autorin.

Weiters bejahte der OGH die Rechtsansicht der Unterinstanzen<sup>873</sup> und bestätigte, dass eine Privatstiftung eine „Person“ sein könne, „deren Einkommen oder Vermögen für die Entscheidung über den gesetzlichen Unterhalt zwischen in gerader Linie verwandten Personen von Belang sei und die dem Gericht darüber Auskunft zu geben und die Überprüfung von deren Richtigkeit zu ermöglichen habe“ (§ 102 Abs 1 AußStrG).

Gem dem letzten Satz des Abs 4 leg cit sind die Ersuchten zur Auskunft verpflichtet.

Schon aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 102 AußStrG ergebe sich eine Auskunfts- und Mitwirkungspflicht im Unterhaltsverfahren nicht nur für den Unterhaltsschuldner selbst, sondern eben auch für andere Personen, sofern deren Vermögenssituation zur Bestimmung des Unterhalts bedeutsam sei.<sup>874</sup> Da die Zuwendungen vom Unterhaltsschuldner an die Privatstiftung ursprünglich Vermögen des Vaters darstellten, seien sie für die Unterhaltsentscheidung von Belang.<sup>875</sup>

Der Einwand der Privatstiftung, die Tochter des Stifters sei nicht Begünstigte iSd § 30 PSG und somit auch nicht auskunftsberechtigt, ging daher ins Leere; ebenso der Versuch, das Auskunftsbegehren mit einem Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 Abs 1 DSGVO anzuwehren.

Das Grundrecht auf Datenschutz gem § 1 Abs 1 DSGVO normiert, dass jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten hat; dies allerdings nur, wenn ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung besteht. Der Weitergabe von Daten müsse eine Interessenabwägung zwischen einem schutzwürdigen Interesse des Betroffenen und dem berechtigten Interesse eines Dritten vorangehen.

Ein schutzwürdiges Interesse der Privatstiftung auf Geheimhaltung ihres Vermögens oder Einkommens, das ihr der Unterhaltspflichtige zuwendete, gegenüber der Antragstellerin, um die Prüfung einer allfälligen Unterhaltserhöhung unmöglich zu machen, bestehe im vorliegenden Fall nicht.<sup>876</sup>

---

<sup>872</sup> Vgl hiezu OGH 10 Ob 46/08z, EvBl 2009/37 (*Graf-Schimek*), die die Wahl des falschen Verfahrenstyps (hier Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen für den Zeitraum nach dem Tod des Unterhaltspflichtigen im außerstreitigen statt im streitigen Verfahren) bemängelt. Demnach hätten korrekter Weise zwei Verfahren geführt werden müssen: ein Verfahren für Unterhaltsansprüche bis zum Tod des Vaters (§ 140 ABGB) im Außerstreitverfahren (§ 114 Abs 1 und Abs 2 JN idF BGBl 2003/112; § 101 Abs 1 AußStrG), sowie ein weiteres Verfahren betreffend die Unterhaltsansprüche nach dem Tod des Vaters (§ 142 ABGB) im streitigen Verfahren.

<sup>873</sup> Va des Rekursgerichts und verweist gem § 71 Abs 3 Satz 2 AußStrG (lediglich) auf die Richtigkeit der Begründung.

<sup>874</sup> OGH 10 Ob 46/08z, EvBl 2009/37 (*Graf-Schimek*); vgl auch *Langer*, AußStrG – Außerstreitgesetz 2003<sup>2</sup> (2007) 219 f; *Fucik/Kloiber*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2005) § 102 Rz 1 f.

<sup>875</sup> OGH 10 Ob 46/08z = JBl 2009, 235 = ZfS 2009, 84 = PSR 2009/5, 39 (*Zollner*) = *ecolex* 2009/13 (*B. Jud*) = EvBl 2009/37 (*Graf-Schimek*) = iFamZ 2009/6 (*Neumayr*).

<sup>876</sup> OGH 10 Ob 46/08z = JBl 2009, 235 = ZfS 2009, 84 = iFamZ 2009/6 (*Neumayr*).

Wie bereits in einer Entscheidung zum Ehegattenunterhalt<sup>877</sup> ausgesprochen, wendet der OGH im Kindesunterhaltsrecht den Anspannungsgrundsatz<sup>878</sup> an. Als Maßstab wird ein „pflichtbewusster Familienvater“ herangezogen, sodass ein Unterhaltspflichtiger vorhandenes Kapital unter Abwägung von Ertrag und Risiko in der Regel möglichst erfolversprechend anzulegen habe. Auf die Erträge aus einer solchen Veranlagung als Einkommen aus Vermögen könne er angespannt werden,<sup>879</sup> wodurch eine Umgehung von Unterhaltspflichten bzw Benachteiligung anderer Gläubiger durch eine Stiftungserrichtung oder Nachstiftung ausgeschlossen wird.<sup>880</sup>

Hinsichtlich des Auskunftsanspruchs gegen die Privatstiftung ist diese höchstgerichtliche Entscheidung insofern interessant, als der OGH in keiner Weise auf den Auskunftsanspruch gem § 30 PSG eingeht,<sup>881</sup> obwohl sich die Antragsgegnerin (dh die Privatstiftung) darauf bezieht und die Urkundenvorlage mangels Begünstigtenstellung der Antragsstellerin verweigert. Daraus lässt sich ableiten, dass das Höchstgericht eine Auskunft auch dann gewährt, wenn der Auskunftsanspruch auf eine andere Rechtsgrundlage als auf § 30 PSG gestützt werden kann.<sup>882</sup> Im vorliegenden Fall daher – aufgrund des geführten Unterhaltsverfahren im Außerstreitverfahren – auf § 102 AußStrG. § 30 PSG stellt daher offensichtlich keine stiftungsrechtliche lex specialis dar.<sup>883</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass es sich bei der Auskunft nach § 102 AußStrG nicht um einen Auskunftsanspruch des unterhaltsberechtigten Kindes, sondern vielmehr um einen solchen des Gerichts gegen den Unterhaltspflichtigen bzw gegen sonstige Personen oder Stellen iSd § 102 AußStrG handelt.

Das Außerstreitverfahren gewährt dem Unterhaltsberechtigten keinen selbständigen Auskunftsanspruch gegen den Unterhaltspflichtigen.<sup>884</sup>

### 2.1.2. Durchsetzung der Auskunftspflicht

Zur Durchsetzung der Auskunftspflicht gem § 102 AußStrG stehen dem Gericht die in § 79 Abs 2 demonstrativ<sup>885</sup> aufgezählten Zwangsmittel zur Verfügung.

---

<sup>877</sup> OGH 23.11.2000, 2 Ob 295/00x in EFSIlg 91.858 = EFSIlg 91.859 = EFSIlg 91.862 = RZ-EÜ 2001/25.

<sup>878</sup> Siehe dazu oben III.C.2.2. *Potentielle Leistungsfähigkeit* („Anspannungsgrundsatz“).

<sup>879</sup> OGH 10 Ob 46/08z = JBI 2009, 235 = ZfS 2009, 84 = PSR 2009/5, 39 (Zollner) = ecolex 2009/13 (B. Jud) = EvBI 2009/37 (Graf-Schimek); so auch Gitschthaler, ÖJZ 1996, 557.

<sup>880</sup> B. Jud, ecolex 2009/13; dies, JB 2008, 159.

<sup>881</sup> Vgl auch OGH 10 Ob 46/08z, ecolex 2009/13 (B. Jud).

<sup>882</sup> OGH 10 Ob 46/08z, PSR 2009/5, 41 (Zollner) = ecolex 2009/13 (B. Jud); Limberg, Privatstiftung, 93 ff; Kalss/Zollner, GesRZ 2008, 132 FN 68; Kalss in Kathrein & Co (Hrsg) Stiftungsletter 15/2010, 6.

<sup>883</sup> OGH 10 Ob 46/08z, ecolex 2009/13 (B. Jud).

<sup>884</sup> Graf, Auskunftspflichten im Unterhaltsrecht, Zak 2007/434, 243 (246), wobei diese eine analoge Anwendung der Stufenklage nach Art XLII Abs 3 EGZPO im Außerstreitverfahren bejaht und somit dem Unterhaltsberechtigten einen direkten Anspruch gegen den Unterhaltsverpflichteten einräumt; vgl auch Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 70.

<sup>885</sup> Langer, AußStrG, 179.

Denn § 102 Abs 4 AußStrG normiert eine Verpflichtung der ersuchten Personen zur Auskunftserteilung. Kommt nunmehr der Ersuchte dieser Auskunftspflicht nicht nach, so hat das Gericht – um gem den Grundsätzen des § 13 Abs 1 AußStrG<sup>886</sup>, wonach das Gericht für den Fortgang des Verfahrens zu sorgen hat, vorzugehen – die in § 79 Abs 2 AußStrG geregelten „verfahrensinternen Zwangsmittel“<sup>887</sup> einzusetzen. Die Anwendung von verfahrensinternen Zwangsmitteln setzt jedoch eine durchsetzbare Pflicht voraus, wie etwa die erwähnte Auskunftspflicht gem § 102 AußStrG in Unterhaltssachen.<sup>888</sup>

Weiters ist bei der Wahl des Zwangsmittels darauf zu achten, dass selbiges stets ultima ratio ist und nur nach dem Prinzip des gelindesten Mittels eingesetzt werden darf.<sup>889</sup> Zu verhängen sind daher zunächst Geldstrafen (§ 79 Abs 1 Z 1 AußStrG) und erst in weiterer Folge Beugestrafen (Z 2 leg cit), die zwangsweise Vorführung (Z 3 leg cit), sowie Abnahme von Urkunden, Auskunftssachen und bewegliche Sachen (Z 4 leg cit) und letztendlich die Bestellung von Kuratoren (Z 5 leg cit).

Hinsichtlich der Höhe der angedrohten Geldstrafe und der Durchsetzung gilt § 359 EO sinngemäß (§ 79 Abs 2 Z 1 letzter Satz AußStrG).<sup>890</sup> Danach kann die Geldstrafe bis zu EUR 100.000,00 je Antrag betragen (§ 359 Abs 1 EO).

Die Androhung des Zwangsmittels wird vom Gesetz nicht verlangt und liefe vielmehr dem der Bestimmung innewohnenden Zweck zuwider, das Verfahren so zu führen, dass eine erschöpfende Erörterung des Verfahrensgegenstands, aber dennoch eine möglichst kurze Verfahrensdauer gewährleistet sind.<sup>891</sup>

In vorliegendem Fall verhängte das Erstgericht über den Stiftungsvorstand der Privatstiftung eine Ordnungsstrafe in Höhe von EUR 1.000,00 und kündigte weitere Ordnungsstrafen an, sofern die Privatstiftung der Aufforderung des Gerichts nicht zeitgerecht nachkomme. Seine Entscheidung stützte es dabei auf die oben erläuterten § 102 iVm § 79 AußStrG.

Der OGH führte zunächst – unter Ablehnung der Rechtsansicht des Rekursgerichts<sup>892</sup> – aus, dass er in seiner Rechtsprechung zu §§ 354 und 355 EO die Ansicht vertrete, die in diesen Bestimmungen normierten Geldstrafen zur Erwirkung

---

<sup>886</sup> § 13 Abs 1 AußStrG: „Das Gericht hat von Amts wegen für den Fortgang des Verfahrens zu sorgen und dieses so zu gestalten, dass eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung des Verfahrensgegenstands und eine möglichst kurze Verfahrensdauer gewährleistet sind. Die Parteien haben das Gericht dabei zu unterstützen.“

<sup>887</sup> Fucik/Kloiber, AußStrG § 79 Rz 1.

<sup>888</sup> Fucik/Kloiber, AußStrG § 79 Rz 3; Klicka in Rechberger, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2006) § 79 Rz 2.

<sup>889</sup> Fucik/Kloiber, AußStrG § 79 Rz 3.

<sup>890</sup> Vgl auch Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 71.

<sup>891</sup> Dazu ausführlich § 13 Abs 1 AußStrG; OGH 10 Ob 46/08z = JBI 2009, 235 = ZFS 2009, 84 = PSR 2009/5, 39 (Zollner) = ecolex 2009/13 (B. Jud) = EvBl 2009/37 (Graf-Schimke) = iFamZ 2009/6 (Neumayr).

<sup>892</sup> Landesgericht Wels 21 R 371/07v: dieses vertrat die Ansicht, dass in Analogie zu § 24 FBG Zwangsmittel nur über die Organwalter, als für eine juristische Person handelnde Personen, verhängt werden können.

unvertretbarer Handlungen (§ 354 EO) oder von Duldungen und Unterlassungen (§ 355 EO) seien nur über die juristische Person, die von der titelmäßigen Verpflichtung unmittelbar (allein) getroffen werde, selbst zu verhängen und nicht gegen deren Organwalter.<sup>893</sup>

Dem sei auch für die Verhängung der Geldstrafe nach § 79 Abs 2 Z 1 AußStrG zu folgen und daher selbige in das Vermögen der juristischen Person, die die Auskunftspflicht treffe, zu vollstrecken.<sup>894</sup>

Trotz aA des Höchstgerichts kann mE der Ansicht des Rekursgerichts durchaus gewisse Berechtigung eingeräumt werden. Organwalter sind die für die juristische Person handelnden Personen, mangels deren Vorhandenseins die juristische Person nicht handlungsfähig wäre. Die Organwalter – in concreto der Stiftungsvorstand – ist für die Verwaltung und Vertretung der Privatstiftung verantwortlich. Dazu zählen sowohl die gerichtliche als auch die außergerichtliche Vertretung.<sup>895</sup>

Weshalb der OGH bei Verhängung von Zwangsmitteln nunmehr von dieser gesetzlich vorgesehenen Vertretungsmacht des Stiftungsvorstands abweicht, ist nicht nachvollziehbar.

Grundsätzlich Zustimmung findet das Argument des OGH, wonach die Geldstrafe ohne weiters in das Vermögen der Privatstiftung vollstreckbar sei. Es könne zwar lediglich der Wille der Organwalter gebeugt werden, doch lasse sich dies mittelbar durch Verhängung einer Geldstrafe, die jeweils bis zu EUR 100.000,00 betragen könne, erreichen.<sup>896</sup>

Nach § 17 Abs 2 Satz 1 PSG hat der Stiftungsvorstand seine Aufgaben mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen. Die Mitglieder des Stiftungsvorstands haben sich dabei wie ein ordentlicher und gewissenhafter, das geschäftliche Unternehmen auf eigene Rechnung betreibender Unternehmer zu verhalten.<sup>897</sup>

Aufgrund dieses Sorgfaltsmaßstabs und seiner mit der Übernahme der Funktion einhergehenden Verantwortung für die Privatstiftung wird wohl jedes Mitglied des Stiftungsvorstands Interesse daran haben, unnötige Ausgaben, zu denen mE Zwangsmittel des Gerichts zählen, für die Privatstiftung so gering wie möglich zu halten. Die Auffassung des OGH ist zwar grundsätzlich verständlich, jedoch rechtlich nicht nachvollziehbar, da nach meinem Dafürhalten der gleiche Effekt, nämlich eine gerichtliche Anordnung durchzusetzen, mit der Verhängung der Zwangsstrafe über die Organwalter selbst erreichbar ist.<sup>898</sup>

---

<sup>893</sup> Siehe OGH 23.06.2005, 3 Ob 111/05b; OGH 25.03.2009, 3 Ob 29/09z; RS 0079250.

<sup>894</sup> OGH 10 Ob 46/08z = JBI 2009, 235 = ZfS 2009, 84 = PSR 2009/5, 41 (*Zollner*) = EvBl 2009/37 (*Graf-Schimek*).

<sup>895</sup> *N. Arnold*, PSG § 17 Rz 4.

<sup>896</sup> OGH 10 Ob 46/08z = JBI 2009, 235 = ZfS 2009, 84.

<sup>897</sup> *N. Arnold*, PSG § 17 Rz 50.

<sup>898</sup> Vorliegende Abhandlung soll an dieser Stelle zu Denkanstößen hinsichtlich der soeben angesprochenen Problematik anregen; eine ausführliche Behandlung ist in vorliegender Arbeit, nicht zu letzt aufgrund eines anderen Schwerpunktes dieser Dissertation, nicht vorgesehen.

## 2.2. Auskunftspflicht im Verfahren wegen Ehegattenunterhalt

Bei aufrechter Ehe haben die Ehegatten gem § 94 EheG gemeinsam zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse beizutragen. Es ist daher wie im Kindesunterhalt der Anspannungsgrundsatz<sup>899</sup> auch im Ehegattenunterhalt sowohl vor als auch nach der Ehe anzuwenden.<sup>900</sup>

Da der Ehegattenunterhalt im streitigen Verfahren<sup>901</sup> geltend zu machen ist, kann hinsichtlich des Auskunftsanspruchs, der ja für die Bestimmung der Höhe der Unterhaltsbemessungsgrundlage notwendig sein kann, § 102 AußStrG nicht direkt herangezogen werden.<sup>902</sup> Zu denken ist vielmehr – wie auch schon bei der Durchsetzung des Auskunftsanspruchs des Begünstigten nach § 30 PSG<sup>903</sup> – an die Anwendung des Art XLII EGZPO.

### 2.2.1. Die OGH Entscheidung 10 Ob 47/07w

Der OGH hat in der Entscheidung 10 Ob 47/07w<sup>904</sup> erstmals einen Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch einer geschiedenen unterhaltsberechtigten Ehegattin aufgrund einer aus dem Gesetz abgeleiteten Unterhaltsverpflichtung bejaht.<sup>905</sup>

Eine Zusammenfassung des Sachverhalts:

*Die Ehe der Streitteile wurde im Jahr 1999 gem § 55 Abs 1 EheG iVm § 61 Abs 3 EheG geschieden. Die Zahlung eines gesetzlichen Unterhalts wurde 2000 in einem Vergleich vereinbart. Nachdem im Jahr 2004 die gemeinsamen Kinder beide jeweils selbsterhaltungsfähig waren, verlangte die Klägerin die Vorlage aktueller Einkommensunterlagen des Beklagten zur präzisen Neuberechnung des Unterhalts auf Basis dieses aktuellen Gehalts. Trotz mündlicher und schriftlicher Urgenz stellte der Beklagte seine Unterlagen nicht zur Verfügung, weshalb sich die Klägerin in Ungewissheit über das unterhaltsrelevante Einkommen befand. Mit der bei Gericht eingereichten Klage begehrte die Klägerin, den Beklagten ua schuldig zu erkennen, sein Einkommen offen zu legen. Gemäß Art XLII Abs 3 EGZPO sei sie berechtigte, sich die bestimmte Angabe des Unterhaltsbetrags,*

<sup>899</sup> Dazu ausführlich oben Punkt III.C.2.2. *Potentielle Leistungsfähigkeit („Anspannungsgrundsatz“)*.

<sup>900</sup> Siehe ausführlich va zum Ehegattenunterhalt nach Scheidung oben Abschnitt III.C. *Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten*.

<sup>901</sup> *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB § 94 Rz 67; *Zankl* in *Schwimann*, ABGB § 66 EheG Rz 7; *Schwimann/Kolmasch*, *Unterhaltsrecht*<sup>5</sup> (2010) 225.

<sup>902</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 71.

<sup>903</sup> Siehe dazu ausführlich oben Punkt IV.C.1.3. *Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsverlangen der Begünstigten*.

<sup>904</sup> OGH 11.05.2007, 10 Ob 47/07w.

<sup>905</sup> Siehe auch *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 72.

der über den bestehenden Titel hinausgehe, vorerst vorzubehalten. Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete insbesondere ein, der Klägerin stehe nach üL und Rsp schon grundsätzlich kein Rechnungslegungsanspruch zu.

### 2.2.1.1. Auskunftspflicht des Ehegatten gem Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO

Das Erstgericht erkannte den Beklagten im Sinne des Klagebegehrens für schuldig sein Einkommen offen zu legen; das Berufungsgericht änderte das Ersturteil dahin ab, dass es das Klagebegehren zur Gänze abwies.

Das Höchstgericht hielt zum geltend gemachten Rechnungslegungsanspruch gem Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO fest, dass dieser jedem zustünde, der gegen einen ihm aus materiellrechtlichen Gründen zur Auskunftserteilung Verpflichteten ein bestimmtes Klagebegehren auf Leistung nur mit erheblichen Schwierigkeiten, die durch eine solche Abrechnung beseitigt werden können, zu erheben vermag, wenn dem Verpflichteten die Auskunftserteilung nach redlicher Verkehrsauffassung zumutbar ist.<sup>906</sup> Eine derartige Rechnungslegungspflicht setze jedoch immer einen darauf gerichteten Anspruch nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts voraus.

Unter Berufung auf *Konecny*<sup>907</sup> sprach der OGH aus, das Gericht müsse im Einzelfall anhand der für den jeweils geltend gemachten Auskunftsanspruch einschlägigen zivilrechtlichen Bestimmung ermitteln, ob die vom Kläger verlangte Aufklärung vom Beklagten überhaupt, sowie in der begehrten Weise geschuldet werde. Denn das Zivilrecht enthalte keine generelle bzw einheitliche Regelung, unter welchen Voraussetzungen, worüber und in welcher Weise jemand einem anderen eine Aufklärung schuldig ist.<sup>908</sup>

Die Rechtsprechung bejaht daher bei vertraglichen Unterhaltsansprüchen einen Auskunftsanspruch des Unterhaltsberechtigten, der mit Stufenklage eingeklagt werden könne.<sup>909</sup> Es sei jedoch der Nachweis zu erbringen, dass der Klagsanspruch dem Grunde nach zu Recht bestehe und eine vorzunehmende Interessenabwägung zugunsten des Klägers, dh des Unterhaltsberechtigten, ausfalle.<sup>910</sup>

Wie bereits *Resch/Schimka/Schörghofer*<sup>911</sup> richtig ausführen, kann ein Unterhaltsanspruch bzw eine Neubemessung des Unterhalts nur dann eingeklagt werden,

<sup>906</sup> Vgl ferner OGH 04.10.2004, 2 Ob 217/04 g = JBI 2005, 311; OGH 25.11.2004, 6 Ob 255/04z = JBI 2005, 455.

<sup>907</sup> *Konecny* in *Fasching* II/1 Art XLII EGZPO Rz 21 ff.

<sup>908</sup> OGH 11.05.2007, 10 Ob 47/07w.

<sup>909</sup> Vgl OGH 25.11.2004, 6 Ob 255/04z = JBI 2005, 455.

<sup>910</sup> OGH 25.11.2004, 6 Ob 255/04z = JBI 2005, 455; *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 72.

<sup>911</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 72.

wenn dessen mögliche Höhe annähernd bekannt ist. Diese ist jedoch nur mittels Informationen des Verpflichteten hinsichtlich seiner Einkommens- bzw Vermögenssituation zu ermitteln. Der Unterhaltsanspruch des Berechtigten würde ins Leere gehen, wenn er die Auskunft über die Liquidität des Verpflichteten nicht durchsetzen und somit die Höhe seines Anspruchs in der Klage nicht beziffern könnte.

Es böte sich diesfalls die gleiche unbefriedigende Situation, wie im Falle der Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsverlangen der Begünstigten,<sup>912</sup> nämlich die Unmöglichkeit einen materiellrechtlichen Unterhaltsanspruch gerichtlich durchzusetzen. Daher muss dem Unterhaltsberechtigten eine Möglichkeit eingeräumt werden, um an die, für die Unterhaltsbemessung und in weiterer Folge für die Prozessführung erforderlichen Informationen zu gelangen.<sup>913</sup> Es ist ihm sohin der Rechnungslegungsanspruch gem Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO einzuräumen.<sup>914</sup>

Den og Autoren ist auch darin beizupflichten, dass diese Ansicht ebenso für einen Auskunftsanspruch des Unterhaltsberechtigten hinsichtlich von Vermögenszuwendungen an bzw Erträge aus einer Privatstiftung des Verpflichteten zu gelten habe. Die Interessenabwägung wird wohl auch hier zugunsten des Unterhaltsberechtigten ausfallen.<sup>915</sup>

#### **2.2.1.2. Auskunftspflicht der Privatstiftung gem Art XLII Abs 1 Fall 2 EGZPO**

Für vorliegende Arbeit interessant ist nun die Frage, ob der unterhaltsberechtigte Ehegatte einen Auskunftsanspruch direkt gegen eine Privatstiftung, die Vermögenszuwendungen seitens des Unterhaltsverpflichteten erhalten hat oder Erträge dem Verpflichteten zuwendet, geltend machen kann.<sup>916</sup>

Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO gelangt diesfalls nicht zur Anwendung, da sich aus der gesetzlichen Unterhaltspflicht lediglich gegen den direkt Unterhaltspflichtigen ein materiellrechtlicher Auskunftsanspruch ableiten lässt.<sup>917</sup>

Um einen Auskunftsanspruch gegen einen Dritten, in concreto die nicht unterhaltspflichtige Privatstiftung zu erwirken, verweisen *Resch/Schimka/Schörghofer*<sup>918</sup> auf Art XLII Abs 1 Fall 2 EGZPO als Rechtsgrundlage. Danach ist auskunftspflichtig, wer von der Verschweigung oder Verheimlichung eines Vermögens vermutlich Kenntnis hat.

---

<sup>912</sup> Dazu ausführlich oben IV.C.1.3. *Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsverlangen der Begünstigten*.

<sup>913</sup> Siehe ausführlich zum Regelungszweck der Stufenklage *Konecny* in *Fasching* II/1 Art XLII EGZPO Rz 109.

<sup>914</sup> OGH 11.05.2007, 10 Ob 47/07w; *Konecny* in *Fasching* II/1 Art XLII EGZPO Rz 26.

<sup>915</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 72.

<sup>916</sup> Siehe dazu *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 72.

<sup>917</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 72.

<sup>918</sup> *Resch/Schimka/Schörghofer*, PSR 2009/12, 72.

Der OGH<sup>919</sup> setzt für die Klagslegitimation voraus, dass durch die Verheimlichung oder Verschweigung des Vermögens der Kläger selbst unmittelbar in seinen aus dem Gesetz oder einer Vereinbarung abgeleiteten Privatreehten beeinträchtigt wird.<sup>920</sup>

Der zweite Fall des Art XLII Abs 1 EGZPO normiert im Gegensatz zum ersten Fall einen eigenen privatrechtlichen Anspruch auf Angabe des Vermögens.<sup>921</sup>

Die Verschweigung und Verheimlichung von Vermögen fordere kein deliktisches Verhalten, wohl aber ein bewusstes, absichtliches Verheimlichen oder Verschweigen und damit eine Tätigkeit, die diesen Erfolg bezweckt.<sup>922</sup>

Da also ein vorsätzliches, aktives Verhalten des Beklagten verlangt wird, könne – so die og Autoren<sup>923</sup> – in der Regel ein Auskunftsanspruch gegen die Privatstiftung nicht eingeräumt werden.

Um jedoch eine Ungleichbehandlung von unterhaltsberechtigtem Kind, das im Unterhaltsverfahren gem § 102 AußStrG durch das Gericht einen Auskunftsanspruch gegen die Privatstiftung geltend machen kann, und unterhaltsberechtigtem Ehegatten hintanzuhalten, sprechen sich die Genannten für die Übertragung der Wertungen des § 102 AußStrG auf den Ehegattenunterhalt aus und leiten daraus eine Auskunftsanspruch ab.<sup>924</sup>

Dem könnte man natürlich entgegenhalten, dass mit dem Auskunftsanspruch „direkt“ gegen den Unterhaltspflichtigen gem Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO der Berechtigte sämtliche notwendigen Informationen erhalte und es daher einer weiteren Auskunftserteilung durch die Privatstiftung nicht bedürfe.<sup>925</sup> Denkbar sind jedoch Konstellationen, in denen ausschließlich die Privatstiftung in Kenntnis der für die Unterhaltsbemessung notwendigen Informationen ist. Würde man daher in diesen Fällen eine Auskunftspflicht der Privatstiftung grundsätzlich verneinen, hätte der Unterhaltsberechtigte keinerlei Möglichkeit die Höhe seines Unterhaltsanspruches zu konkretisieren und gerichtlich durchzusetzen.

Dem Lösungsvorschlag von Resch/Schimka/Schörghofer,<sup>926</sup> Wertungen des § 102 AußStrG auch zur Begründung eines im streitigen Verfahren durchsetzbaren Anspruchs zu übertragen und daraus einen Auskunftsanspruch gegen die Privatstiftung abzuleiten, ist daher mE zuzustimmen.

---

<sup>919</sup> OGH 13.10.1999, 7 Ob 293/98h.

<sup>920</sup> Konecny in Fasching II/1 Art XLII EGZPO Rz 80f.

<sup>921</sup> OGH 27.02.1985, 4 Ob 522/84 = NZ 1986, 35; Fucik in Fucik/Klauser/Kloiber, ZPO – österreichisches und europäisches Zivilprozessrecht<sup>10</sup> (2009) Art XLII EGZPO, 130.

<sup>922</sup> Konecny in Fasching II/1 Art XLII EBZPO Rz 80; OGH 13.10.1999, 7 Ob 293/98h.

<sup>923</sup> Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 72.

<sup>924</sup> Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 72.

<sup>925</sup> So auch Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 73.

<sup>926</sup> Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 73 (76).

## 2.2.2. Durchsetzung der Auskunftspflicht nach Art XLII EGZPO

Sofern der Beklagte (= Unterhaltsverpflichtete) der im Teilurteil ausgesprochenen Verpflichtung zur Offenlegung nicht nachkommt, steht dem Kläger (= Unterhaltsberechtigter) die Durchsetzung im Exekutionsweg offen. Zu prüfen ist dabei, welche Art der Exekution gewählt wird. Grundsätzlich ist in der Auskunftserteilung eine unvertretbare Handlung zu sehen.<sup>927</sup> Typischerweise kann nur der Beklagte und nicht ein beliebiger Dritter die gewünschten Informationen mitteilen. Zudem ist dafür regelmäßig ein aktives Verhalten nötig.<sup>928</sup> Im Einzelfall richtet sich daher die Exekutionsart nach dem Inhalt des Klagebegehrens und des Urteilsspruchs, sodass letztendlich das exakt formulierte Leistungsbegehren dafür ausschlaggebend ist.<sup>929</sup>

## 3. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse

1. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen wird hinsichtlich Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsrechts der Begünstigten auf die Ausführungen weiter oben<sup>930</sup> verwiesen.
2. Dem Begünstigten steht zur Feststellung der Höhe seines Anspruchs auf Zuwendungen aus der Privatstiftung die Stufenklage gem Art XLII Abs 3 EGZPO zur Verfügung.<sup>931</sup>
3. Im Unterhaltsverfahren wegen Kindesunterhalt hat der OGH<sup>932</sup> ausgesprochen, dass eine Privatstiftung eine Person iSd § 102 AußStrG ist.
4. Die Auskunftspflicht in Unterhaltssachen kann nach § 79 AußStrG durch Zwangsmittel, insb durch Geldstrafen durchgesetzt werden. Diese Geldstrafen sind über die juristische Person (hier die Privatstiftung) selbst und nicht gegen deren Organwalter zu verhängen.<sup>933</sup>
5. Im Verfahren wegen Ehegattenunterhalt trifft den unterhaltspflichtigen Ehegatten eine Auskunftspflicht (in concreto eine Rechnungslegungspflicht) gem Art XLII Abs 1 Fall 1

<sup>927</sup> Konecny in *Fasching*, II/1 Art XLII EGZPO Rz 125.

<sup>928</sup> Konecny in *Fasching*, II/1 Art XLII EGZPO Rz 125.

<sup>929</sup> Konecny in *Fasching*, II/1 Art XLII EGZPO Rz 125.

<sup>930</sup> Siehe oben Abschnitt IV.C.1.3. *Durchsetzung des Auskunfts- und Einsichtsverlangens der Begünstigten*.

<sup>931</sup> Hofmann, GesRZ 2006, 31; Rassi, Verfahrensrechtliche Fragen der Bucheinsicht, ÖJZ 1997, 891 (892).

<sup>932</sup> OGH 23.09.2008, 10 Ob 46/08z = JBI 2009, 235 = ZfS 2009, 84 = PSR 2009/5, 39 (Zollner) = ecolex 2009/13 (B. Jud) = EvBl 2009/37 (Graf-Schimek) = iFamZ 2009/6 (Neumayr).

<sup>933</sup> OGH 23.09.2008, 10 Ob 46/08z = JBI 2009, 235 = ZfS 2009, 84 = PSR 2009/5, 39 (Zollner) = ecolex 2009/13 (B. Jud) = EvBl 2009/37 (Graf-Schimek) = iFamZ 2009/6 (Neumayr).

EGZPO.<sup>934</sup> Voraussetzung dafür ist jedoch ein materiellrechtlicher Anspruch des Unterhaltsberechtigten.<sup>935</sup>

6. Eine Auskunftspflicht der Privatstiftung im Verfahren wegen Ehegattenunterhalt kann nicht auf Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO gestützt werden. Es ist aber die Anwendung des Fall 2 leg cit zu erwägen. Dieser setzt jedoch vorsätzliches, aktives Verhalten des Beklagten voraus,<sup>936</sup> sodass in der Regel der Auskunftsanspruch gegen die Privatstiftung zu verneinen sein wird.<sup>937</sup>
7. Um dem Unterhaltsberechtigten dennoch den Erhalt von erforderlichen Informationen für die Unterhaltsbemessung zu ermöglichen, ist die Übertragung der Wertungen des § 102 AußStrG zu erwägen und daraus ein Auskunftsanspruch abzuleiten.<sup>938</sup>
8. Die Durchsetzung der im Teilurteil ausgesprochenen Offenlegungspflicht erfolgt im Exekutionsweg. Es ist im Einzelfall die Exekutionsart je nach Inhalt des Klagebegehrens und Urteilsspruchs zu wählen.<sup>939</sup>

## V. Exkurs: Die Familienstiftung (Versorgungsstiftung)

Da die Privatstiftung zu jedem erlaubten beliebigen Zweck errichtet werden kann, besteht daher auch die Möglichkeit ausschließlich Familienangehörige als Begünstigte einzusetzen, sodass in diesem Zusammenhang von einer *Familienstiftung* gesprochen werden kann. Diese Stiftung hat demnach familiären Bezug und ist überwiegend auf die Förderung, Unterstützung oder Versorgung von Familienangehörigen des Stifters gerichtet bzw deren Begünstigtenkreis auf solche Angehörige beschränkt<sup>940</sup> („*Versorgungsstiftung*“). Ihr Zweck kann jedoch auch in der Fortführung eines Familienunternehmens im Interesse der Familie liegen, sodass eine Unternehmens- bzw Beteiligungsträgerstiftung<sup>941</sup> vorliegt.<sup>942</sup>

---

<sup>934</sup> OGH 11.05.2007, 10 Ob 47/07w; Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 72.

<sup>935</sup> OGH 11.05.2007, 10 Ob 47/07w; Konecny in Fasching II/1 Art XLII EGZPO Rz 26.

<sup>936</sup> Konecny in Fasching II/1 Art XLII EBZPO Rz 80; OGH 13.10.1999, 7 Ob 293/98h.

<sup>937</sup> Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 72.

<sup>938</sup> Resch/Schimka/Schörghofer, PSR 2009/12, 73.

<sup>939</sup> Konecny in Fasching, II/1 Art XLII EGZPO Rz 125.

<sup>940</sup> Bruckner/Fries/Fries, Familienstiftung, 19; Batliner, NZ 1993, 201 (203f); N. Arnold, PSG, Einl Rz 10; Torggler, Die Familien-Privatstiftung aus der Sicht der Nachfolge-Generation, in Eiseleberg (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 2008 (2008), 91.

<sup>941</sup> Zu diesen beiden Begriffen siehe sogleich ausführlich unter Punkt V.B. Die *Familienstiftung mit unternehmerischer Verantwortung*.

<sup>942</sup> Torggler, JB 2008, 92.

## **A. Errichtung einer Familienstiftung**

Die Familienstiftung ist in ihrer Reinform der Prototyp der privatnützigen Stiftung. Da sie keine besondere Rechtsform ist und auch im PSG nicht eigens geregelt oder erwähnt wird, sondern nur eine (sehr häufige) Anwendungsform der eigennützigen Privatstiftung ist, unterliegt sie den Normen des PSG.<sup>943</sup> Sohin wird bezüglich der Errichtung der Familienstiftung auf die entsprechenden Kapitel<sup>944</sup> weiter oben verwiesen.

## **B. Die Familienstiftung mit unternehmerischer Verantwortung**

Die Privatstiftung darf gem § 1 Abs 2 Z 1 PSG keine gewerbsmäßige Tätigkeit ausüben, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht. Sie darf daher nicht selbst Träger eines Unternehmens sein. Es ist ihr jedoch erlaubt Anteile an einer Gesellschaft zu halten, die ihrerseits ein Unternehmen betreibt. Bekannter Weise verbietet zwar das PSG „*unmittelbare*“ Unternehmensträgerstiftungen, die „*mittelbaren*“ Unternehmensträgerstiftungen<sup>945</sup> sind jedoch zulässig.<sup>946</sup>

### **1. Generationswechsel im Unternehmen**

#### **1.1. Zusammenhalt und Fortbestand des Unternehmens**

Den Vorteil, den die Errichtung einer Privatstiftung dem Unternehmer bietet, ist der gefürchteten Zerschlagung von Vermögenswerten zu entgehen und den Zusammenhalt und Fortbestand des Unternehmens zu sichern. Anders als der § 82 Abs 1 Z 3 und 4 EheG, der Unternehmen bei Scheidung von der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens ausnimmt, macht das Erb- und Pflichtteilsrecht vor Unternehmen keinen Halt.

So bleibt oftmals als einzige Möglichkeit um den Bestand des Unternehmens langfristig zu sichern, die Errichtung einer Privatstiftung.<sup>947</sup>

---

<sup>943</sup> *Torggler*, JB 2008, 92.

<sup>944</sup> oben Punkt II.A. *Errichtung und Entstehung einer Privatstiftung*.

<sup>945</sup> Beteiligungsträgerstiftungen, dh Stiftungen, die eine Beteiligung an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft halten, werden teilweise auch als mittelbare Unternehmensträgerstiftungen bezeichnet; *N. Arnold*, PSG Einl Rz 10.

<sup>946</sup> *Hochedlinger*, SWK 2004, W 179.

<sup>947</sup> *Hochedlinger*, SWK 2004, W 179.

## 1.2. Professionelle Geschäftsführung

Neben der eigenständigen gewerblichen Tätigkeit ist auch die organschaftliche, vertragliche oder faktische Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft der Stiftung untersagt (§ 1 Abs 2 Z 2 PSG).

Die „mittelbare“ Unternehmensträgerstiftung ist jedoch zulässig und wird daher von Unternehmern gerne als Alternative zum „gewöhnlichen“ Erbweg herangezogen. Der Gedanke der Errichtung einer Privatstiftung, in welche Geschäftsanteile eingebracht werden sollen, ist auch deshalb überlegenswert, als die potentiellen Erben als Gesellschafter womöglich „ungeeignet“ oder an der Fortführung des Unternehmens nicht interessiert sind.<sup>948</sup> Die Privatstiftung ist dann als (mittelbare) Unternehmensträgerstiftung konzipiert, wobei der Stiftungsvorstand eine geeignete Geschäftsführung für das Beteiligungsunternehmen einsetzt und die Stiftung als Gesellschafterin die Gewinne des Unternehmens lukriert. Diese werden in weiterer Folge nach dem Willen des Stifters gemäß der Stiftungserklärung von der Stiftung an die Begünstigten ausgeschüttet.<sup>949</sup>

Das bedeutet, durch den Einsatz der Familienstiftung als Gesellschafterin lassen sich Lösungen der Unternehmensnachfolge finden.

Folgende Modelle sind zulässig:

- Familienstiftung als Gesellschafterin einer Kapitalgesellschaft
- Familienstiftung als Kommanditistin einer KG
- Familienstiftung als Gesellschafterin einer GesbR
- Familienstiftung als Stille oder atypisch Stille Gesellschafterin

Die Errichtung einer Stiftung & Co KG ist in Österreich hingegen nicht zulässig.<sup>950</sup>

## 2. Absicherung des Vermögens

Die Absicherung des „bisher Erreichten“ stellt für viele Unternehmer geradezu das Hauptmotiv für die Errichtung einer Privatstiftung dar.<sup>951</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, die Stiftung für etwaige Gläubiger des Stifters „unangreifbar“ zu machen, weil etwa die

<sup>948</sup> Hochedlinger, SWK 2004, W 180.

<sup>949</sup> Schurr in Czernich/Guggenberger/Schwarz, HB Familienunternehmen, 275; vgl auch Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 1 Rz 64 hinsichtlich der Begründung des Verbots der persönlichen (seit 1.1.2007 durch HaRÄG BGBl I 2005/120 „unbeschränkten“) Haftung der Stiftung.

<sup>950</sup> Schurr in Czernich/Guggenberger/Schwarz, HB Familienunternehmen, 275.

<sup>951</sup> Hochedlinger, SWK 2004, W 182.

Anfechtungsfristen nach der AnfO oder – bei Insolvenz des Stifters – der IO nach hA nicht zu laufen beginnen, solange sich der Stifter das Recht auf Widerruf nach § 34 PSG vorbehalten hat. Deshalb empfiehlt es sich einen entsprechenden Widerrufsverzicht in die Stiftungsurkunde aufzunehmen, damit die Errichtung der Privatstiftung als solche für Gläubiger des Stifters nicht unbefristet anfechtbar bleibt.

Kommt es erst nachträglich zu einer Änderung der Stiftungserklärung im Sinne einer exekutionssicheren Ausgestaltung, so ist zu beachten, dass eine für Gläubiger nachteilige Änderung unter Umständen eine anfechtbare Rechtshandlung darstellen kann.<sup>952</sup>

Sofern der Stifter mit seinen Unternehmensanteilen fast sein gesamtes Vermögen der Privatstiftung überträgt, so ist die Bestimmung des § 1409 ABGB zu berücksichtigen, wonach die Stiftung allenfalls eine sog „*Erwerberhaftung*“ trifft. Das von der Privatstiftung erworbene Vermögen stellt insofern einen Haftungsfonds für die Gläubiger des Stifters dar.<sup>953</sup>

### 3. Absicherung des Familieneinflusses

Neben der Absicherung des Vermögens durch dessen Einbringung in eine Privatstiftung ist vielfach der Wunsch vorhanden, auch noch nach Errichtung der Stiftung Einfluss auf diese nehmen zu können. Diesbezüglich räumt ja das PSG dem Stifter die Möglichkeit des Vorbehalts eines Änderungs- bzw Widerrufsrechts ein (§§ 33 und 34 PSG), welches er in der Stiftungsurkunde festhalten muss.<sup>954</sup>

Durch das Änderungsrecht kann der Stifter den Stiftungszweck oder die Bezeichnung der Destinatäre ändern, wobei die Änderung des Begünstigtenkreises nicht zwangsläufig eine Zweckänderung mit sich bringt.

Denkbar wäre der Fall, dass als Stiftungszweck die Förderung bedürftiger Kinder angegeben ist und das in der Stiftungsurkunde ursprünglich als Begünstigte angegebene Tagesheim X in einer nachträglichen Änderung durch die Anstalt Y ersetzt wird.<sup>955</sup>

Dadurch ist dem Stifter eine flexible Widmung des Vermögens oder Bezeichnung der Begünstigten jederzeit möglich.

---

<sup>952</sup> *Hochedlinger*, SWK 2004, W 182; vgl auch *Riedmann*, Privatstiftung, 141.

<sup>953</sup> *Hochedlinger*, SWK 2004, W 183; *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 34 Rz1; vgl auch *Karollus*, Gläubigerschutz bei der Privatstiftung, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis, 39; *Riedmann*, Privatstiftung, 125 ff.

<sup>954</sup> *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 34 Rz 3.

<sup>955</sup> *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 33 Rz 21.

## C. Beendigung und Auflösung der Familienstiftung

Bei der Familienstiftung können zwei relevante Auflösungsgründe vorliegen: Zunächst kann sich – wie oben<sup>956</sup> erwähnt – der Stifter bei Errichtung der Stiftung einen Widerruf vorbehalten. Geht dem Stiftungsvorstand ein gültiger Widerruf des Stifters zu, hat er einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen.<sup>957</sup>

Zu berücksichtigen ist die in § 35 Abs 2 Z 3 PSG vorgegebene 100-jährige Frist für die Dauer einer Familienstiftung, deren überwiegender Zweck in der Versorgung von natürlichen Personen liegt. Dh, dass Familienstiftungen grundsätzlich nach 100-jährigem Bestehen aufzulösen sind. Die Letztbegünstigten können aber einstimmig den Fortbestand der Familienstiftung für einen weiteren Zeitraum, längstens jedoch jeweils für hundert Jahre beschließen.

Grund für diese 100 jährige Frist bei Versorgungsstiftungen ist die Überlegung, dass dem Stifter nahe stehende Personen, die das Motiv für die Errichtung der Stiftung waren, nach Ablauf der 100-jährigen Frist bereits verstorben sind und eine Versteinerung von Vermögensmassen nicht erwünscht ist.<sup>958</sup>

## VI. Zusammenfassung

1. Der volkswirtschaftliche Gedanke bei der Schaffung des PSG war es, mit Hilfe der Steuerbegünstigungen für Stiftungen Vermögensverlagerungen in das Ausland (insb Steueroasen) zu vermeiden. Die gesetzlichen Bestimmungen sind daher eher liberal und stifterfreundlich gehalten.

2. Die Privatstiftung ist eine Rechtsform *sui generis*. Sie ist eine juristische Person, die rechts- und parteifähig ist, jedoch weder Eigentümer noch Mitglieder hat, weshalb sie auch oft als „*eigentümerloses Vermögen*“ bezeichnet wird. Dem Stifter räumt das PSG etliche Privilegien ein, um auf die Privatstiftung Einfluss zu nehmen. Insb Änderung- und Widerrufsrecht, sowie das Recht zur Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands, verschaffen ihm eine eigentümerähnliche Stellung.

---

<sup>956</sup> Oben Punkt II.C.3. *Stifterrechte*.

<sup>957</sup> Schurr in Czernich/Guggenberger/Schwarz, HB Familienunternehmen, 283.

<sup>958</sup> N. Arnold, PSG § 35 Rz 12.

3. Familienrechtliche Ansprüche, die etwa im Zuge des Aufteilungsverfahrens oder Unterhaltsrecht nach Scheidung entstehen, kann der Stifter durch eine Stiftungerrichtung grundsätzlich nicht einschränken oder gar umgehen.

4. Im Zuge der Scheidung des Stifters erfolgt die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse nach den §§ 81 ff EheG. Auch diesfalls ermöglicht eine Vermögenswidmung an eine Privatstiftung keine Umgehung dieser Ansprüche.

5. Diese Aufteilungsansprüche nach Ehescheidung unterliegen der Anwendung des § 91 EheG.

6. Bei Vorliegen der Voraussetzungen erfolgt die Aufteilung iZm Privatstiftungen nach Abs 1 des § 91 EheG. Für eine analoge Anwendung des Abs 2 leg cit auf Privatstiftungen besteht kein Bedürfnis und ist auch vom Gesetzeswortlaut nicht umfasst. Die Privatstiftung ist kein Unternehmen, das gem § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG ohnehin ex lege von der Aufteilung ausgenommen wäre.

7. Eine Berücksichtigung von Vermögensverringerungen nach 91 Abs 1 EheG bei der Aufteilung erfolgt nur dann, wenn sie frühestens zwei Jahre vor Einbringung der Scheidungsklage oder Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft vorgenommen wurden. Bei Vermögenswidmungen an Privatstiftungen beginnt der Fristenlauf erst, wenn dem Stifter kein Widerrufs-, Änderungs- oder sonstiges Einflussrecht auf die Privatstiftung mehr zusteht ("*Vermögensopfertheorie*").

8. Im Sinne des geforderten Vermögensopfers ist jedoch weiters darauf Bedacht zu nehmen, dass der Stifter sich nicht nur seiner Einflussrechte begeben muss, sondern auch in sonstiger Weise keine Verfügungsmacht mehr über das Vermögen der Stiftung ausüben kann. Zu denken ist dabei etwa an sein etwaig eingeräumtes Alleinentscheidungsrecht im Stiftungsvorstand und an das diesem vorbehaltenes Recht zur Bestimmung der Begünstigten. Damit kann der Stifter jede beliebige Vermögensauskehr an sich oder an dritte Personen bewirken. Diesfalls ist nicht von einer endgültigen Vermögensübertragung zu sprechen und daher auch nicht vom Beginn des Laufes der Zwei-Jahres-Frist des § 91 Abs 1 EheG auszugehen.

9. Werden eheliches Gebrauchsvermögen oder eheliche Ersparnisse in ein Unternehmen eingebracht so kommt unstrittig § 91 Abs 2 EheG zur Anwendung. Wird ein Unternehmen in eine Privatstiftung eingebracht, so bleibt dieses gem § 82 Abs 1 Z 3 und Z 4 EheG von der Aufteilung ausgenommen. Es greift jedoch § 91 Abs 2 EheG, sofern für die

ursprüngliche Anschaffung des Unternehmens Ehevermögen verwendet wurde. Nachdem der Abs 2 leg cit, anders als Abs 1 leg cit, keine Frist zur Einbeziehung des ehelichen Vermögens im Aufteilungsverfahren vorsieht, kann der für die Anschaffung des Unternehmens verwendete Betrag uneingeschränkt bei der Aufteilung berücksichtigt werden.

**10.** Erfolgt die Widmung eines Unternehmens an eine Privatstiftung und anschließend die Einbringung von ehelichem Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen, sei es in das Unternehmen oder in die Privatstiftung, erscheint die Berücksichtigung dieser Vermögensverringerung – bei Vorliegen der Voraussetzungen – wiederum nach § 91 Abs 1 EheG geboten, da Abs 2 leg cit seinem Wortlaut nach derartige Fallkonstellationen nicht umfasst.

**11.** Wird die Ehe des Stifters später als zwei Jahre nach der Vermögenswidmung geschieden und hat sich selbiger bei Errichtung der Privatstiftung weder Einflussrechte vorbehalten noch sonst eine Möglichkeiten der „*Beherrschung*“ der Stiftung, so bleibt die Vermögenszuwendung vom Aufteilungsverfahren ausgenommen.

**12.** Wird ein von der Aufteilung ausgenommenes Unternehmen von der Privatstiftung veräußert und ist diese Veräußerung dem Stifter zuzurechnen, ist iSd Surrogationsprinzips der Veräußerungserlös im Aufteilungsverfahren zu berücksichtigen. Unternehmenserträge, die in die Privatstiftung zu unternehmensfremden Zwecken ausgeschüttet werden, sind ebenfalls zu berücksichtigen, wenn sie auf den Stifter rückführbar sind.

**13.** Zuwendungen, die die Ehegatten während aufrechter Lebensgemeinschaft, dh bis zur Auflösung der Ehe, als Begünstigte aus der Privatstiftung erhalten haben, sind als eheliche Ersparnisse in die Aufteilung nach §§ 81 ff EheG einzubeziehen. Die Begünstigtenstellung eines Ehegatten auch nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft ist nur dann bei der Aufteilung zu berücksichtigen, wenn ihm ein klagbarer Leistungsanspruch gegen die Privatstiftung eingeräumt wurde und dieser Anspruch durch den anderen Ehegatten weder durch Ausübung eines Widerrufs- oder sonstigen Änderungsrechts vereitelt werden kann.

**14.** Auch die Unterhaltspflicht gegenüber dem unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten (und in weiterer Folge gegenüber den unterhaltsberechtigten Kindern) kann durch „*Zwischenschaltung*“ einer Privatstiftung nicht umgangen werden.

**15.** Die Höhe des Unterhalts richtet sich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen im Unterhaltsverfahren.

**16.** Erhält der Unterhaltspflichtige Zuwendungen aus der Privatstiftung, so sind diese, wie jedes andere Einkommen aus Kapitalvermögen, in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen.

**17.** Sofern sich der Stifter Einflussrechte auf die Privatstiftung vorbehält, gelangt der Anspannungsgrundsatz (gem § 94 Abs 1 für den Ehegattenunterhalt oder §140 Abs 1 ABGB für den Kindesunterhalt) zur Anwendung.

**18.** Behält sich der Stifter keinerlei Einflussmöglichkeiten vor bzw. verzichtet er auf selbige, scheidet die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes aus. Eine Anfechtung nach der AnfO ist jedoch bei Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht denkbar.

**19.** Kommt es zu einer Vermögenswidmung vor Entstehen des Unterhaltsanspruchs, kann der Stifter nur bei Vorliegen von Einflussmöglichkeiten auf die Erträge der Stiftung angespannt werden.

**20.** Aktuell Begünstigte und Begünstigte mit klagbarem Anspruch sind Begünstigte iSd § 5 PSG. Lediglich potentiell Begünstigten kommt somit ein Informationsrecht nach § 30 PSG grundsätzlich nicht zu.

**21.** Von diesem Ausschluss bestehen jedoch folgende Ausnahmen, in denen auch potentiell Begünstigten ein Auskunftsanspruch nach § 30 PSG zusteht:

- Zur Überprüfung, ob sie in der Stiftungserklärung als Begünstigte genannt sind,
- wenn weder Begünstigte mit klagbarem Anspruch noch aktuell Begünstigte vorhanden sind, und
- wenn verschiedene Begünstigtenstämme vorhanden sind, von denen jedoch nicht alle durch informationsberechtigte Begünstigte repräsentiert werden.

**22.** Letztbegünstigte fallen nicht unter den Begriff der Begünstigten iSd § 30 PSG. Auch ihnen steht somit grundsätzlich kein Auskunfts- und Informationsrecht nach § 30 leg cit zu.

**23.** In nachstehenden Fällen ist jedoch auch Letztbegünstigten ausnahmesweise ein Auskunftsrecht in analoger Anwendung des § 30 PSG einzuräumen:

- Für die Dauer der Abwicklung, um die Verteilung des Liquidationserlöses im Sinne des Stifters zu verfolgen und um ein eventuelles Kontrolldefizit zu vermeiden.
- Zu Zeiten der verbenden Stiftung, sofern andere auskunfts berechtigte Begünstigte fehlen, unter den gleichen Voraussetzungen wie für potentiell Begünstigte.

**24.** Dem Begünstigten steht zur Feststellung der Höhe seines Anspruchs auf Zuwendungen aus der Privatstiftung die Stufenklage gem Art XLII Abs 3 EGZPO zur Verfügung.

**25.** In einer bemerkenswerten Entscheidung vom 23.09.2008m, 10 Ob 46/08z hat der OGH im Unterhaltsverfahren wegen Kindesunterhalt ausgesprochen, dass eine Privatstiftung eine Person iSd § 102 AußStrG ist.

**26.** Diese Auskunftspflicht in Unterhaltssachen kann nach § 79 AußStrG durch Zwangsmittel durchgesetzt werden. Dabei kommen insb Geldstrafen in Betracht, wobei diese über die juristische Person (dh über die Privatstiftung) selbst und nicht gegen deren Organwalter zu verhängen ist.

**27.** Im Verfahren wegen Ehegattenunterhalt trifft den unterhaltspflichtigen Ehegatten eine Auskunftspflicht (in concreto eine Rechnungslegungspflicht) gem Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO. Voraussetzung dafür ist jedoch ein materiellrechtlicher Anspruch des Unterhaltsberechtigten.

**28.** Eine Auskunftspflicht der Privatstiftung im Verfahren wegen Ehegattenunterhalt kann nicht auf Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO gestützt werden. Es ist aber die Anwendung des Fall 2 leg cit zu erwägen. Da dieser vorsätzliches, aktives Verhalten des Beklagten voraussetzt, wird wohl in der Regel der Auskunftsanspruch gegen die Privatstiftung zu verneinen sein.

**29.** Um dem Unterhaltsberechtigten dennoch den Erhalt von erforderlichen Informationen für die Unterhaltsbemessung zu ermöglichen, ist die Übertragung der Wertungen des § 102 AußStrG in Erwägung zu ziehen und daraus ein Auskunftsanspruch abzuleiten.

**30.** Die im Teilurteil ausgesprochene Offenlegungspflicht des Unterhaltspflichtigen ist im Exekutionsweg durchzusetzen. Je nach Inhalt des Klagebegehrens und Urteilsspruchs ist im Einzelfall die Art der Exekution zu wählen.

## **VII. Schlusswort**

Erst die intensive Auseinandersetzung mit dem Stiftungsrecht, insb dem Privatstiftungsrecht in Verbindung mit familienrechtlichen Fragen, va der Scheidung, zeigt, welche Schwierigkeiten es, trotz des nunmehr nahezu 20jährigen Bestehens des PSG in der österreichischen Rechtsordnung, nach wie vor zu bewältigen gibt.

Nicht minder spannend sind mE die aufgezeigten Problemkreise, da sie weiterhin die Aufmerksamkeit künftiger Stiftergenerationen sowie Errichter von Stiftungsurkunden fordern.

Mit großem Interesse werden meinerseits weitere höchstgerichtliche Entscheidungen zum Thema dieser Arbeit verfolgt, da diese doch oft sehr unerwartete Rechtsansichten beinhalten und die höchstgerichtlichen Entscheidungen nicht immer miteinander in Einklang zu bringen sind.

## Literaturverzeichnis

- N. Arnold*, Kommentar zum Privatstiftungsgesetz, 2. Auflage (2007)
- Arturo*, Kollisionskurator für Privatstiftung mit minderjährigen Stiftern? RdW 1998, 6
- Bachl* in *Umfahrer*, 10 Jahre Privatstiftungsrecht in Österreich, Tag des Lateinischen Notariats 2003 (2004)
- Batliner*, Stiftungsrecht in der Praxis, Vorteile für den Stifter und den Staat, NZ 1993, 201
- Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz (PSG), Kommentar zu den zivilrechtlichen Bestimmungen mit einer allgemeinen Einleitung und einem Steuerrechtlichen Anhang (1995)
- Böhler*, Kontrollprobleme der Privatrechtsstiftung, wbl 1993, 169
- , Unternehmensstiftung – Selbstzweckstiftung?, GesRZ 1992, 187
- Bollenberger*, Zugriff auf Stiftungsvermögen durch Gläubiger des Stifters, ecolex 2006, 641
- Briem*, Die rechtliche Stellung des Begünstigten einer Privatstiftung, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen, Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000) 77
- , Aktuelle Judikatur zum Privatstiftungsgesetz, Auswirkungen für bestehende und zukünftige Privatstiftungen, SWK 2002, W 166
- Bruckner/Fries/Fries*, Die Familienstiftung im Zivil-, Steuer- und Handelsrecht (1994)
- Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, Privatstiftungsgesetz, ecolex spezial (1993), 71
- Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 13
- , Aufteilungsanspruch bei Scheidung des Stifters in *Eiselsberg* (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 2008 (2008), 139
- , Privatstiftung und Scheidung, RdW 2000, 402
- , Zugriff auf Vermögen der Privatstiftung durch Gläubiger der Stifter und Begünstigten, ÖBA 2008, 416
- Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994)
- Czernich/Guggenberger/Schwarz* (Hrsg), Handbuch des österreichischen Familienunternehmens (2005) 272
- Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft<sup>10</sup> (2009)
- Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz (PSG), Kommentar zu den zivilrechtlichen Bestimmungen mit einer allgemeinen Einleitung und einem Steuerrechtlichen Anhang (1995)
- Eiselsberg* (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 2008 (2008)

*Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/1<sup>2</sup> (2002)

*Ch. Fries*, Offene Fragen des Privatstiftungsrechts, *ecolex* 1993, 739

-, *Ecolex-Checklist: Privatstiftungsgesetz*, *ecolex* 1993, 752

*Fucik/Klauser/Kloiber* (Hrsg), ZPO – österreichisches und europäisches Zivilprozessrecht<sup>10</sup> (2009)

*Fucik/Kloiber*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2005)

*Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen, Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000)

*Gitschthaler*, Unterhaltsrecht<sup>2</sup> (2008)

*Graf*, Auskunftspflichten im Unterhaltsrecht, *Zak* 2007/43, 243

*Graf-Schimpek*, Anmerkung zu OGH, *EvBl* 2009/37

*Grave*, Die Privatstiftung aus rechtlicher Sicht – ein Erfahrungsbericht, in *Tinti/Umdasch/Marenzi* (Hrsg), Sorgfalt und Verantwortung – Beiträge zu Privatstiftung, Aufsichtsrat, und Mergers & Acquisitions, FS für Walter Jakobljevič zum 70. Geburtstag (1996) 13

*Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992)

*Helbich*, Die österreichische Privatstiftung – eine Erfolgsstory, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen, Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000) 1

*Hochedlinger*, 10 Jahre Privatstiftungsgesetz: Gelöste und ungelöste Fragen, *GeS* 12/2003, -, Anmerkung zu OGH, *GesRZ* 2009, 372

-, „Einbringung“ von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung, *SWK* 2004, W179

-; OGH: Stifterrechte sind pfändbar!, *RdW* 2006, 485

-, Zum Inhalt von Stiftungserklärungen, Ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung jüngster Judikatur, *GeS* 2006, 351

*Hofmann*, Der Auskunftsanspruch des Begünstigten einer Privatstiftung, *GesRZ* 2006, 17

-, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?, *NZ* 2007/37

*Honsell*, Vermögensteilung nach der Scheidung und Billigkeit in *Harrer/Zitta* (Hrsg.) Familie und Recht (1992) 613

*Hopf/Kathrein*, Kurzkommentar zum Eherecht<sup>2</sup> (2005)

*B. Jud*, Die Privatstiftung in der Vermögensaufteilung bei Scheidung des Stifters, *GesRZ* 2007, 289

-, Nachehelicher Unterhalt und Privatstiftung, in *Eise/lsberg* (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 2008 (2008) 159

-; Anmerkung zu OGH, *ecolex* 2009/13

*W. Jud*, Privatstiftung zur Begünstigung der Allgemeinheit, *JB* 2003, 771

*Kalss*, Die Kontrollrechte von Begünstigten, in *Kathrein & Co* (Hrsg) Stiftungsletter 15/2010, 4

*Kalss/Zollner*, Die gesetzlichen Rechte der Begünstigten, GesRZ 2008, 115

-, Ausübung und Änderung von Stifterrechten bei einer Stiftermehrheit, GesRZ 2006, 227

*Karollus*, Gläubigerschutz bei der Privatstiftung, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen, Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000) 37

*Kathrein & Co* (Hrsg) Stiftungsletter 8/2006

-, Stiftungsletter 15/2010

*Kletecka*, Pflichtteilsrechtliche Behandlung der Errichtung einer Privatstiftung, EF-Z 2012/2

*Knirsch*, Grundzüge des neuen Privatstiftungsrechts, ecolex 1993, 729

*Koziol/Welser*, Grundzüge des Bürgerlichen Rechts I<sup>13</sup> (2006) und II<sup>13</sup> (2007)

*Langer*, AußStrG – Außerstreitgesetz 2003<sup>2</sup> (2007)

*Lechner*, Die Privatstiftung als Instrument zur Steueroptimierung, ecolex 1993, 771

*Limberg*, Die Privatstiftung im Zivilrecht, ecolex 2008, 724

-, Privatstiftung und Erbrecht (2006)

-, Privatstiftung und Unterhalt, EF-Z 2008/101, 175

*Linder*, Das Unternehmen in der Ehescheidung zwischen Ehe- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 7

*Lins*, Die Informations- und Auskunftsrechte von Begünstigten nach dem liechtensteinischen und österreichischen Stiftungsrecht im Vergleich, in *Eiselsberg* (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 2009 (2009), 367

*Neumayr*, Anmerkung zu OGH, iFamZ 2009/6

*Ofner*, Widerruf einer Privatstiftung durch den Sachwalter des Stifters, NZ 2001, 270

*Pittl*, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, NZ 1999, 197

-, Errichtung und Entstehung von Privatstiftungen, NZ 2000, 257

*Rassi*, Verfahrensrechtliche Fragen der Bucheinsicht, ÖJZ 1997, 891

*Rechberger*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2006)

*Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>7</sup> (2009)

*Resch/Schimka/Schörghofer*, Auskunftspflichten der Privatstiftung, PSR 2009/12, 64

*Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters (2004)

*Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup>, I,II (2007)

*Schauer*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 251

-, Familienstiftung und Unwürdigkeit des Begünstigten als Problem des Privatstiftungsrechts, GesRZ 2000, 233

- , Privatstiftung: Typische Konfliktfälle aus familien- und erbrechtlicher Sicht, in Kathrein & Co (Hrsg) Stiftungsletter 8/2006, 15
- , Die Privatstiftung als Funktionsäquivalent der Schenkung auf den Todesfall, ZfS 2006, 52
- Schurr*, Die österreichische Familienstiftung als Instrument der Vermögens- und Unternehmensnachfolge in *Czernich/Guggenberger/Schwarz* (Hrsg), Handbuch des österreichischen Familienunternehmens (2005) 272
- Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> I,III,IV (2006)
- Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>5</sup> (2010)
- Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>37</sup> II (2009)
- Tinti/Umdasch/Marenzi* (Hrsg), Sorgfalt und Verantwortung (1996)
- Torggler*, Die Familien-Privatstiftung aus der Sicht der Nachfolge-Generation, in *Eiseisberg* (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 2008 (2008), 91
- Umfahrer*, 10 Jahre Privatstiftungsrecht in Österreich, Tag des Lateinischen Notariats 2003 (2004) Band 28
- Umlauft*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001), 179
- Zollner*, Anmerkung zu OGH, PSR 2009/5, 39
- , Die eigennützige Privatstiftung aus dem Blickwinkel der Stiftungsbeteiligten (2011)

## Abkürzungsverzeichnis

aA	andere(r) Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
abl	ablehnend
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
Anm	Anmerkung
aM	anderer Meinung
AO	Anfechtungsordnung
Art	Artikel
AußStrG	Außerstreitgesetz
BerG	Berufungsgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagennummer zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BStFG	Bundes-Stiftungs- und Fondsgeetz BGBl 1975/11
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1
bzw	beziehungsweise
dens	denselben
ders	derselbe
dies	dieselbe
dBGBI	deutsches Bundesgesetzblatt
dh	das heißt
dRGBI	deutsches Reichsgesetzblatt
E	Entscheidung
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSIlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen des OGH
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung RGBI 1985/112
EheG	Ehegesetz
Einl	Einleitung
EheRÄG	Eherechts-Änderungsgesetz
ErbSt	Erbschaftssteuer

ErbStG	Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz 1955 BGBl 141
etc	et cetera
EUR	Euro
ev	eventuell
4. EVHGB	Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich dRGBI I 1938, 1999
f	und der, die folgende
ff	fort folgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
GeS	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesRZ	Zeitung für Gesellschaftsrecht
hA	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch dRGBI 1897, 219
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
ieS	im engeren Sinn
idF	in der Fassung
iHv	in Höhe von
insb	insbesondere, insbesondere
iSd	im Sinne des (der)
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JB	Jahrbuch Stiftungsrecht
JB1	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
KESt	Kapitalertragsteuer
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung RGBI 1914/337
KöSt	Körperschaftsteuer

krit	kritisch
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
LGq	Landesgericht
Lit	Literatur
lit	litera
mE	meines Erachtens
MRG	Mietrechtsgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NR	Nationalrat
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariats-zeitung
og	oben genannt
OGH	Oberster Gerichtshof in Österreich
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
PSG	Privatstiftungsgesetz BGBl 1993/694
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
SchenkMG	Schenkungsmitteilgesetz 2008
sog	so genannt
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in
Zivil-	(und Justizverwaltungs-) sachen
tlw	teilweise
u	und
ua	und andere, unter anderem

UGB	Unternehmensgesetzbuch
usw	und so weiter
va	vor allem
vgl	vergleiche
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZfS	Zeitschrift für Stiftungswesen – Stiftungsrecht und Vermögens- verwaltung
ZPO	Zivilprozessordnung
zust	zustimmend

## ABSTRACT

Die Dissertation zum Thema „*Privatstiftung und Scheidung*“ soll die Frage klären, ob und wenn ja, wie Vermögen, das in eine Privatstiftung eingebracht wurde, bei Scheidung des Stifters in Bezug auf die Unterhaltsbemessung zugunsten des berechtigten Ehegatten bzw hinsichtlich der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse gem § 81 ff EheG Berücksichtigung findet.

Zu diesem Zweck werden die wichtigsten Lehrmeinungen dargestellt und einer Gegenüberstellung unterzogen. Einschlägige Judikatur zu diesem brisanten Thema gibt es noch nicht zahllos, umso interessante ist die bisher ergangene Rechtsprechung, welche unter einem beleuchtet und diskutiert wird.

Insbesondere ist die Anwendung des § 91 EheG bei Scheidung des Stifters zu beleuchten, va, ob dessen Abs 1 oder Abs 2 auf Privatstiftungen Anwendung findet.

Letztendlich ist dieses Thema mE höchst interessant und auch in der Praxis beachtenswert, um Vermögensverschleierungen in Richtung einer Privatstiftung bei Abzeichnen eines Scheidungsverfahrens hintanzuhalten.

## CURRICULUM VITAE

geb. 1981 in Wien

1999 – 2007 Studium der Rechtswissenschaften an der juristischen Fakultät Wien

2007 – 2012 Doktoratsstudium an der juristischen Fakultät Wien

2007 – 2008 Gerichtspraxis am BG Wiener Neustadt und HG Wien

2007 – 2008 Studienassistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung, Abteilung für Rechtsvergleichung, Einheitsrecht und Internationales Privatrecht