

DAS FAMILIENUNTERNEHMEN unter Berücksichtigung der Situation in Südtirol

Autoren: Peter Michaeler - Josef Ludwig Rungger - Werner Hintner

Die Schriftenreihe der Sparkasse – Band 11



**Das Familienunternehmen
unter Berücksichtigung
der Situation in Südtirol**

von

**Peter Michaeler
Josef Ludwig Rungger
Werner Hintner**

Vorwort

Das vorliegende Handbuch gibt besonderen Anlass zur Freude, handelt es sich doch um die zehnte Broschüre in der Schriftenreihe der Sparkasse, also eine runde Zahl, die auch Anlass zum Rückblick gibt. Was vor nur vier Jahren sozusagen als Experiment begonnen wurde, hat sich - aufgrund des erzielten Erfolges und der erreichten Beliebtheit sowohl bei unseren Kunden als auch in den jeweilig angesprochenen Fachkreisen - mittlerweile bewährt.

Auch dieses Mal konnten gewichtige Partner für die Herausgabe dieses Handbuches gewonnen werden. Waren es in Vergangenheit die Notariatskammer, die Weiterbildungsorganisation der Wirtschafts-, Steuer- und Arbeitsrechtsberater „Koiné“, Sole 240re, um nur einige Beispiele zu nennen, so sind es dieses Mal einerseits der Landesbeirat für Chancengleichheit, wofür ich dessen Präsidentin Frau DDr. Julia Unterberger herzlich danken möchte, und andererseits drei Experten, nämlich ein Richter und zwei Sachverständige, die als Autoren ausgezeichnete Arbeit geleistet haben und denen ich - im Namen der Südtiroler Sparkasse - an dieser Stelle aufrichtig danken möchte. Dass es gelungen ist, drei Experten als Autoren zu gewinnen, stellt zudem eine besondere Garantie für eine – sowohl juristisch als auch sprachlich – einwandfreie Erfassung der komplexen Materie dar – eine Materie, die schließlich von höchster Aktualität ist. Denn zu diesem Thema gibt es bisher kaum Veröffentlichungen, die klar und deutlich die Sachlage erläutern, geschweige denn in zweisprachiger Fassung aufliegen. Allen Lesern wünsche ich somit eine interessante, aufschlussreiche Lektüre.

DR. NORBERT PLATTNER
PRÄSIDENT DER SÜDTIROLER SPARKASSE AG

Bozen, im März 2007



SPARKASSE

© Alle rechte dem Herausgeber vorbehalten
1. Auflage - März 2007

Vorwort Familienunternehmen

In Südtirol ist das Familienunternehmen eine weit verbreitete Realität. Dabei wissen die Beteiligten oft gar nicht, dass ihr Arbeitsverhältnis durch dieses Rechtsinstitut geregelt ist. Meist werden die Betroffenen erst im Konfliktfall durch ihren Rechtsbeistand darüber aufgeklärt, dass ein Familienunternehmen im rechtlichen Sinne besteht.

Das Interesse des Landesbeirates für Chancengleichheit für die Thematik rührt daher, dass das Phänomen einen klaren Geschlechteraspekt aufweist: Die Unternehmer sind meist Männer, die mitarbeitenden Familienmitglieder meist Frauen.

Deshalb war es wichtig, dass der einschlägige Artikel 23obis mit der Familienrechtsreform von 1975 eingeführt wurde, um den zahlreichen Ehefrauen, die in den Unternehmen ihrer Ehemänner arbeiteten, einen Grundstock an Rechten zuzuerkennen. Bis dahin galt die gesetzliche Vermutung der Unentgeltlichkeit in Bezug auf jede im Rahmen der Familie durchgeführte Arbeit.

Die neue Rechtslage hingegen sorgt dafür, dass die ökonomisch Schwächeren geschützt werden und ihre Arbeit finanziell abgesichert ist.

Leider ist die effektive Durchsetzung der Rechte des mitarbeitenden Familienmitgliedes schwierig.

Neben den beweisrechtlichen Problemen sorgt die komplizierte Rechtslage dafür, dass viele AnwältInnen Berührungängste mit der Materie haben. Dies zum Schaden zahlreicher Frauen, die dadurch nicht in der Lage sind, ihre Rechte durchzusetzen.

Die vorliegende Broschüre wird einen Beitrag zur besseren Kenntnis der Materie und erfolgreicherer Durchsetzung der Rechte der mitarbeitenden Familienmitglieder leisten.

RA DDr.in Julia Unterberger
Präsidentin Landesbeirat für Chancengleichheit

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------------|---|
| AFI | Arbeitsförderungsinstitut |
| arg. ex | argumentiert auf Grundlage von |
| Art. | Artikel |
| Akh | Arbeitskraftstunde |
| ASTAT | Landesinstitut für Statistik der Autonomen Provinz Bozen |
| Buchst. | Buchstabe |
| EPACA | Ente di patrocinio e assistenza per i cittadini e l'agricoltura (Patronat des nationalen Bauernverbandes "Coldiretti") |
| ca. | circa, italienisch für "ungefähr" |
| contra | anderer Meinung |
| CC/cc/cod.civ. | codice civile (ital. Zivilgesetzbuch), verabschiedet mit königlichem Dekret vom 16.3.1942 n° 262 |
| CE | Comunità europea |
| d.h. | das heißt |
| DPR | Decreto del Presidente della Repubblica (Dekret des Präsidenten der Republik) |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EU | Europäische Union |
| ex multis | unter mehreren |
| Foro it. | Foro Italiano (juristische Fachzeitschrift in Italien) |
| G.D. | Gesetzesdekret |
| Ha (ha) | Hektar |
| Idem | Ebenso |
| ICI | imposta comunale sugli immobili (Gemeindeimmobiliensteuer) |
| INAIL | Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro gesamtstaatliche Unfallversicherungsanstalt INAIL) |
| INPS | Istituto nazionale per la previdenza sociale (gesamtstaatliche Pensionsversicherungsanstalt NISF) |
| IRAP | Regionale Gewerbesteuer |
| IRPEF | Einkommenssteuer für physische Personen |
| ISTAT | Istituto nazionale della statistica (Nationales Statistikinstitut) |
| Kass. | Kassationsgerichtshof (Beispiel: ‚Kass. 3240/04‘ = Urteil Nr.3240/04 des Kassationsgerichtshofes) |
| L.D. | Legislativdekret |
| m.ü.d.M. | Meter über dem Meer |
| NISF | Nationales Institut für soziale Fürsorge (gesamtstaatliche Pensionsversicherungsanstalt INPS-NISF) |
| OHG | Offene Handelsgesellschaft |

| | |
|-----------------|--|
| OLG | Oberlandesgericht |
| o.V. | ohne Verfasser |
| RDL/rdl | Regio decreto legislativo |
| RP | Rohrträge aus Produkten und Dienstleistungen |
| s. | siehe |
| SBB | Südtiroler Bauernbund |
| sog. | sogenannt |
| TU | Testo Unico (Einheitstext) |
| TU-INAIL | Testo unico INAIL (Einheitstext über die obligatorische Unfall- und Krankenversicherung am Arbeitsplatz, verabschiedet mit DPR 30.6.1965 n°1124) |
| TUIR | Testo unico delle imposte sui redditi (Einheitstext über die Einkommenssteuer), verabschiedet mit DPR 22.12.1986 n° 917 |
| U. a. B. | Urlaub am Bauernhof |
| Ver. Abt. Kass. | Vereinigte Abteilungen des Kassationsgerichtshofes, gleichbedeutend mit Vereinter Senat des Kassationsgerichtshofes |
| VGH | Verfassungsgerichtshof |
| Vgl. | Vergleiche (Beispiel: „Vgl. Kass. 253/66“ = Vergleiche Urteil des Kassationsgerichtshofes Nr. 253/66) |
| ZGB | Zivilgesetzbuch |
| ZPO | Italienische Zivilprozessordnung, verabschiedet mit königlichem Dekret vom 28.10.1940 n° 1443 |
| z.B. | zum Beispiel |

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|--|------------|
| | Vowort | 3 |
| | Abkürzungsverzeichnis | 6 |
| | TEIL I | 9 |
| 1. | Der geschichtliche Werdegang des Art. 230-bis ZGB | 11 |
| 2. | Die Bewertung der Arbeit des Familienmitgliedes | 21 |
| 3. | Die Arbeit des Ehepartners | 45 |
| 4. | Die Teilhaber- oder Beteiligungsrechte | 67 |
| 5. | Das Ende des Familienunternehmens | 87 |
| 6. | Die Sozialversicherung der Familienmitglieder | 95 |
| 7. | Das Familienunternehmen in der Landwirtschaft | 109 |
| 8. | Der Prozess über das Familienunternehmen | 121 |
| 9. | Zusammenfassung | 134 |
| | TEIL II | 137 |
| 1. | Bewertungen im Zusammenhang mit dem Familienunternehmen gemäß Art. 230-bis ZGB | 139 |
| 2. | Begriffsbestimmungen | 143 |
| 3. | Bewertungen im Zusammenhang mit dem Familienunternehmens im Bereich Landwirtschaft | 155 |
| 4. | Bewertung in Zusammenhang mit dem Ausscheiden eines Mitglieds aus dem Familienunternehmen im Bereich Fremdenverkehr | 179 |
| | Literaturverzeichnis | 191 |

TEIL I

1

Der geschichtliche Werdegang des Art. 230-bis ZGB

- 1.1 Die Zeit vor der Familienrechtsreform im Jahr 1975.
Die stillschweigende Familiengemeinschaft in der Landwirtschaft**
- 1.2 Die Familienrechtsreform von 1975.
Das Familienunternehmen ex Art. 230-bis ZGB**
- 1.3 Stillschweigende Familiengemeinschaft und Familienunternehmen.
Unterschiede**
- 1.4 Die rückwirkende Anwendung des Artikel 230-bis ZGB**
- 1.5 Die Familienangehörigen**

1.1.

Die Zeit vor der Familienrechtsreform im Jahr 1975. Die stillschweigende Familiengemeinschaft in der Landwirtschaft

Vor 1975 ruhte das gesamte Familienrecht auf einer pyramidal-patriarchalischen Struktur. Der Familienvater war das Familienoberhaupt, er übte die väterliche Gewalt („*patria potestas*“) über alle zur Familie gehörenden Personen aus. Ihm waren alle Familienmitglieder untergeordnet.

Diese Unterordnung fand im Bereich der Arbeit ihren höchsten Ausdruck. Die Arbeit der Familienmitglieder wurde nicht berücksichtigt, sie fand keine Anerkennung. Man ging davon aus, dass sie unentgeltlich, „*benevolentiae vel affectionis causa*“ erbracht würde. Das arbeitende Familienmitglied hatte somit kein Recht auf Entlohnung, Beteiligung an Gewinnen oder sonstige finanzielle Anerkennung seiner Arbeitsleistung. Einzig und allein in der Landwirtschaft fand die Arbeit der Familienmitglieder eine begrenzte und indirekte Anerkennung und Würdigung durch das Rechtsinstitut der „stillschweigenden Familiengemeinschaft“. Diese wurde im Artikel 2140 ZGB zwar nicht direkt geregelt, wurde aber immerhin erwähnt.¹

Artikel 2140 ZGB lautete: „*Die stillschweigende Familiengemeinschaft in der Landwirtschaft ist durch die Gebräuche geregelt.*“

Die stillschweigende Familiengemeinschaft war nichts anderes als eine besondere Form des Zusammenlebens und der gemeinsamen Bearbeitung der Felder unter der Anweisung eines Oberhauptes², wobei der betriebswirtschaftliche Aspekt und das Ziel des Erwirtschaftens von Gewinnen nur eine untergeordnete Rolle spielte. Es war eine Form des Zusammenlebens und des Zusammenwirtschaftens, bei welcher der gegenseitige Beistand, wie er innerhalb einer Familie herrscht („*affectio familiaris*“), wichtiger war als das Erwirtschaften von Gewinnen.

Die konkrete Regelung war den „Gebräuchen“ überlassen, aufgrund derer die Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofes der sechziger Jahre einige allgemein gültige Erkennungsmerkmale herausarbeitete³.

Diese waren:

- 1) Das Rechtsinstitut der „stillschweigenden Familiengemeinschaft“ ist alten Ursprungs. Einige Autoren führen es auf das „*consortium ercto non cito*“ des römischen Rechts zurück, andere Autoren auf die „*Gemeinschaft zur gesamten Hand*“ des longobardischen Rechts, seinerseits germanischen Ursprungs.
- 2) Je nach Region wird dieses Oberhaupt in der italienischen Sozial- und Rechtskultur „*capocchia*“, „*reggitore*“, „*vergaro*“, „*massaro*“, „*tato*“ usw. genannt.
- 3) Vgl. ex multis Kass. 2126/68, Kass. 1371/64.

- a) Zugehörigkeit der in der Gemeinschaft Arbeitenden zur selben Familie im weiteren Sinn⁴,
- b) Wohn- und Essgemeinschaft („*comunio incidens familiaris*“),
- c) gemeinsame Arbeit im Interesse der Gemeinschaft,
- d) gemeinsames Vermögen („*peculium pro indiviso*“), das zur Befriedigung der Bedürfnisse der einzelnen Familienmitglieder dient und zum Erwerb von Sachen im Interesse der Familiengemeinschaft,
- e) fehlende Pflicht zur Rechnungslegung und Buchführung.

Im Gegensatz zur gewerblichen Wirtschaft, in der das Familienmitglied die Arbeitsleistung unentgeltlich zugunsten des Familienoberhauptes einbrachte, war die Mitarbeit des Familienmitgliedes in der Landwirtschaft anerkannt, da dieses zumindest theoretisch ein Recht auf die Beteiligung am „*peculium*“ geltend machen konnte. In der Praxis war das Familienmitglied auch in der stillschweigenden Familiengemeinschaft gänzlich dem Willen des Familienoberhauptes ausgeliefert, welches die Entscheidungen traf.

Der im Artikel 2140 ZGB enthaltene Verweis auf die Gebräuche bei der Regelung der stillschweigenden Familiengemeinschaft gibt zu folgenden zwei Überlegungen Anlass:

- a) Die Gebräuche sind aufgrund der Traditionsbehaftung, die im Bereich der Landwirtschaft besonders akzentuiert ist, lokal verschieden. Oft herrschen sogar innerhalb von Talschaften verschiedene Gebräuche. Genau genommen wäre es somit dem Kassationsgerichtshof gar nicht möglich, allgemein gültige, für das gesamte Staatsgebiet geltende Grundsätze und Erkennungsmerkmale der stillschweigenden Familiengemeinschaft herauszuarbeiten. Die Urteile des Kassationsgerichtshofes in diesem Bereich können wohl als klassisches Beispiel dafür dienen, wie man unter dem Deckmantel der Eruierung von Gebräuchen über die Befugnis hinausschießt und eigentlich selbst Recht setzt, noch dazu auf eine zentralistische Art und Weise, die auf lokale Besonderheiten wenig Rücksicht nimmt.
- b) Die Gebräuche sind zwar Rechtsquellen, sie sind aber nicht geschriebenes Recht. Die Existenz eines Brauches muss daher im Prozess von Mal zu Mal bewiesen werden. Eine Beweishilfe für die Existenz eines örtlichen Brauches stellt die Gebräuchesammlung der Handelskammern dar. Die - wenn auch nur theoretische - Anerkennung der Arbeit des Familienmitgliedes im Bereich der Landwirtschaft veranlasste die Rechtsprechung, das Rechtsinstitut der stillschweigenden Familiengemeinschaft auch über

4) Es ist darauf hinzuweisen, dass die Trennung zwischen Familienangehörigen und nicht zur Familie gehörigen Personen in der Alltagspraxis nicht immer genau genommen wurde, denn in die Familiengemeinschaften konnten auch Personen Aufnahme finden, die nicht zur Familie zählten.

den Agrarbereich hinaus anzuwenden und auf die gewerblichen Wirtschaftsbetriebe, wie Handwerksbetriebe und klein strukturierte Handelsunternehmen, auszudehnen.⁵

Artikel 2140 ZGB wurde mit der Familienrechtsreform abgeschafft und durch Artikel 230-bis ZGB ersetzt. Das Rechtsinstitut der stillschweigenden Familiengemeinschaft überlebte jedoch im letzten Absatz des Artikels 230-bis ZGB, der lautet:

„Die stillschweigend bestehenden Familiengemeinschaften zum Betrieb der Landwirtschaft werden von Gebräuchen geregelt, sofern sie nicht zu den vorhergehenden Bestimmungen im Widerspruch stehen.“ Aus dem Vergleich der beiden Bestimmungen – jener abgeschafften des Art. 2140 ZGB und jener neuen des letzten Absatzes des Art. 230-bis ZGB - geht somit hervor, dass die stillschweigende Familiengemeinschaft in der Landwirtschaft als Rechtsinstitut theoretisch weiterhin bestehen bleibt und nach wie vor von den Gebräuchen geregelt sein darf. Aus dem letzten Absatz des Artikel 230-bis ZGB geht aber noch hervor, dass die Gebräuche nicht zu den Grundsätzen des Familienunternehmens in Widerspruch stehen dürfen, welches den Leit- und Grundsätzen des neuen Familienrechts folgt. Die Schlussfolgerung kann daher nur sein, dass *„de facto“* nicht nur Artikel 2140 ZGB, sondern das gesamte Rechtsinstitut der stillschweigenden Familiengemeinschaft als abgeschafft gelten muss. Denn die stillschweigende Familiengemeinschaft war noch ganz vom hierarchischen Grundgedanken der alles dominierenden Figur des Familienoberhauptes geprägt, von einem Grundgedanken also, der mit dem demokratischen Grundgedanken des Familienunternehmens nicht übereinstimmt. Das neue Familienunternehmen und die stillschweigende Familiengemeinschaft sind strukturell nicht miteinander in Einklang zu bringen.

Als Vorgänger des Familienunternehmens gilt die stillschweigende Familiengemeinschaft, die im Art. 2140 ZGB Erwähnung fand und durch die Gebräuche geregelt war. Dieses Rechtsinstitut gab es nur in der bäuerlichen Welt. Es kennzeichnete sich dadurch aus, dass sich das in der Landwirtschaft mitarbeitende Familienmitglied zwar am *„peculium“* beteiligte, die Entscheidungen aber vom Familienoberhaupt, dem *„capoccia“*, getroffen wurden.

Die stillschweigende Familiengemeinschaft überlebt im letzten Absatz des Art. 230-bis ZGB, der sie in die heutige Zeit *„herübergerettet“* hat.

- 5) Vgl. Kass. 253/66: *“la comunione tacita familiare, alla quale con esplicito riferimento all'agricoltura fa richiamo l'art. 2140 CC, può aversi anche al di fuori di tale campo...”*
Kass. 569/72: *“la comunione tacita familiare può costituirsi anche quando l'attività comune sia diversa da quella agricola...”*
Vgl. Kass. 131/81: *“La comunione tacita familiare di cui all'art. 2140 CC (abrogato dall'art. 205 della legge 19 maggio 1975 n° 151), ammissibile anche al di fuori dal campo agrario espressamente previsto dall'art. 2140 CC, è ravvisabile nei casi di comunanza di vita e di attività”*.

1.2. Die Familienrechtsreform von 1975. Das Familienunternehmen ex Art. 230-bis ZGB

Der Familienrechtsreform von 1975 liegt in erster Linie eine kulturelle und soziale Neuwertung der familiären Beziehungsstruktur zu Grunde. Die Rolle der Frau wird aufgewertet, sie wird jener des Mannes gleichgestellt. Im Erziehungsrecht weicht die väterliche Gewalt („*patria potestas*“) zu Gunsten der elterlichen Gewalt („*potestas genitorialis*“), die von beiden Eheleuten im gegenseitigen Einvernehmen ausgeübt wird.

Auch im Bereich der Arbeit wird die Rolle der Frau und der übrigen Familienmitglieder aufgewertet. Deren Arbeit soll nicht mehr unentgeltlich und „*benevolentiae vel affectionis causae*“ erbracht werden.

Sie soll Anerkennung finden, den Familienmitgliedern soll ein nicht unterschreitbarer Schutz zuteil werden.

Der Mindestschutz kommt immer dann zum Tragen, wenn alle anderen Schutzmechanismen nicht mehr greifen. Stets dann, wenn das Familienmitglied seine Arbeitsleistung im Familienunternehmen einbringt und diese nicht durch ein Angestelltenverhältnis oder durch Beteiligung an einer Gesellschaft geschützt ist, soll dieser Mindestschutz zur Anwendung kommen.

In der Technik des Gesetzgebers wird dieser „Residualschutz“ – oder „Subsidiärschutz“ - durch den Vorspann zum Artikel 230-bis ZGB zum Ausdruck gebracht, der lautet: „*Sofern nicht ein anderes Rechtsverhältnis vorliegt...*“.

Der Mindestschutz besteht aus den Beteiligungsrechten, auch Teilhaberrechte genannt, die in zwei große Kategorien unterteilt werden können, nämlich in wirtschaftliche und in verwaltungsmäßige.

Zu ersterer zählt das Recht auf Unterhalt, das Recht auf Beteiligung am Gewinn und an den mit diesen erworbenen Sachen und auf Beteiligung am Betriebszuwachs. Zur Kategorie der verwaltungsmäßigen Beteiligung wird das Recht auf Mitsprache in den unternehmerischen Entscheidungen gerechnet.

Zum ersten Mal werden auch einige demokratische und verfassungsrechtlich verankerte Grundrechte, wie etwa der Schutz der Arbeit im allgemeinen, die geschlechts- und altersneutrale Gleichbehandlung der Personen und die gleichberechtigte Teilnahme an den Entscheidungsprozessen in die bis dahin vom Gesetz unberührte Familiengemeinschaft hineingetragen.

Beiden Aspekten, dem Mindestschutz und der Verwirklichung einiger demokratischer Grundsätze, wird im neu gefassten Artikel 230-bis ZGB Rechnung getragen. Die Bestimmung lautet:

„230-bis (Familienunternehmen)

1. *Sofern nicht ein anderes Rechtsverhältnis vorliegt, hat der Familienangehörige, der seine Arbeitskraft fortdauernd für die Familie oder im Familienunternehmen einsetzt, Recht auf Unterhalt gemäß der Vermögenslage der Familie und ist am Gewinn des Familienunternehmens und an den damit erworbenen Sachen ebenso wie an den Betriebszuwächsen, auch in Bezug auf den Geschäftswert, beteiligt, und zwar im Verhältnis zu Menge und Art der geleisteten Arbeit.
Die Entscheidungen, die die Verwendung der Gewinne und der Zuwächse betreffen, so wie jene im Zusammenhang mit der außerordentlichen Geschäftsführung, mit den Produktionsrichtlinien und der Einstellung des Unternehmens werden von den Familienangehörigen, die am Unternehmen beteiligt sind, mit Stimmenmehrheit getroffen. Die am Unternehmen beteiligten Familienangehörigen, die nicht die volle Handlungsfähigkeit haben, werden beim Stimmrecht von demjenigen vertreten, der die Gewalt über sie ausübt.*
2. *Die Arbeitsleistung der Frau wird jener des Mannes gleich gehalten.*
3. *Für die Bestimmung des ersten Absatzes gelten als Familienangehörige der Ehegatte, die Verwandten bis zum dritten Grad und die Verschwägerten bis zum zweiten Grad; als Familienunternehmen gilt jenes, in welchem der Ehegatte, Verwandte bis zum dritten Grad und Verschwägerte bis zum zweiten Grad zusammenarbeiten.*
4. *Das Teilhaberrecht gemäß dem ersten Absatz ist unübertragbar, es sei denn, die Übertragung erfolgt zu Gunsten der im vorhergehenden Absatz bezeichneten Familienangehörigen unter Einwilligung aller Teilhaber. Dieses Recht kann bei Beendigung der Arbeitsleistung aus welchem Grund auch immer und ebenso im Fall der Veräußerung des Betriebs in Geld abgelöst werden. Die Zahlung kann in mehreren Jahresraten, die mangels einer Vereinbarung vom Gericht festgesetzt werden, erfolgen.*
5. *Im Fall der Erteilung oder der Übertragung des Betriebs haben die im ersten Absatz genannten Teilhaber ein Vorrecht auf den Betrieb. Die Bestimmung des Artikel 732 ist, soweit vereinbar, anzuwenden.*
6. *Die stillschweigend bestehenden Familiengemeinschaften zum Betrieb der Landwirtschaft werden von Gebräuchen geregelt, sofern sie nicht zu den vorhergehenden Bestimmungen im Widerspruch stehen“.*

Der das Familienunternehmen regelnde Artikel 230-bis ZGB baut auf einer kulturellen und sozialen Neuwertung der familiären Beziehungsstruktur auf. Es werden einige demokratische Grundwerte, wie Schutz der Arbeit, Gleichbehandlung der Personen ohne Unterschied des Geschlechtes und des Alters, in die Familie und in ihr Unternehmen hineingetragen.

1.3

Stillschweigende Familiengemeinschaft und Familienunternehmen. Unterschiede

Die stille Familiengemeinschaft war in erster Linie eine Lebensgemeinschaft, sie war kein auf Gewinn ausgerichtetes Unternehmen. Das Familienunternehmen ex Art. 230-bis ZGB ist dem gegenüber ein Wirtschaftsunternehmen. Das Ziel der absoluten Gewinnorientierung ist eine „Errungenschaft“ der letzten Jahrzehnte. In der stillen Familiengemeinschaft war das Familienoberhaupt die alles beherrschende und dominierende Figur. Ziel des Familienunternehmens gemäß Art. 230-bis ZGB ist es, dieser alles beherrschenden Figur des Oberhauptes die Rechte der anderen Familienmitglieder gegenüber zu stellen. Diese haben nunmehr einen Anspruch darauf, an gewissen Entscheidungen gleichberechtigt teilzunehmen und auch ein eigenständiges Recht auf Anerkennung der geleisteten Arbeit. In der stillschweigenden Familiengemeinschaft scheinen die Gewinne nach Bedarf zuerkannt worden zu sein, während im Familienunternehmen das Familienmitglied ein festgeschriebenes Recht auf Gewinnbeteiligung nach Art und Menge der geleisteten Mitarbeit erhält.

Vielorts entsprach es den Gebräuchen, wenn in der stillen Familiengemeinschaft auch nicht zur Familie gehörende Personen lebten und arbeiteten. Im Familienunternehmen gemäß Art. 230-bis ZGB ist dies nicht mehr möglich.

1.4.

Die rückwirkende Anwendung des Artikel 230-bis ZGB

Es kommt ab und zu noch vor, dass die Mitarbeit des Familienmitgliedes schon vor 1975 begonnen hat, als Art. 230-bis ZGB noch nicht in Kraft war.

Die Frage, die man sich stellen muss, ist, ob die Regelung des Artikel 230-bis ZGB, die erst 1975 in Kraft getreten ist, rückwirkend angewendet werden kann. Da die Gesetze im Sinne des Artikel 11 der Bestimmungen über das Gesetz im allgemeinen nur für die Zukunft gelten und wirken, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt wird, hat die Rechtsprechung diese Frage stets mit nein beantwortet⁶. Für den Zeitraum der Mitarbeit vor 1975 gelten laut dieser Rechtsprechung immer noch die alten Regeln der stillschweigenden Familiengemeinschaft.

6) Vgl. ex multis Kass. 6074/75: *“La collaborazione di un coniuge nell’attività imprenditoriale dell’altro coniuge, che sia stata prestata in epoca anteriore alla entrata in vigore della legge 19 maggio 1975 n° 151 sulla riforma del diritto della famiglia, non può essere assoggettata, in difetto di espressa previsione di retroattività, alla nuova disciplina della azienda e dell’impresa familiare, introdotta dagli articoli 177 lettera d) e 230-bis CC e, pertanto, va inquadrata nell’ambito degli istituti previgenti, quali la prestazione d’opera, subordinata o autonoma, ovvero, se ricorra il requisito della comunanza degli utili e delle perdite, la comunione tacita familiare...”*.

Die vor 1975 begonnene Mitarbeit unterliegt somit zwei verschiedenen gesetzlichen Regelungen: Für den Zeitraum vor 1975 jener der stillschweigenden Familiengemeinschaft, für den Zeitraum nach 1975 jener des Familienunternehmens.

Diese Rechtsprechung ist aber nicht unbedingt einleuchtend, denn mit dem Familienunternehmen wurden einige wichtige verfassungsrechtliche Rechtsgrundsätze realisiert, zu denen die stillschweigende Familiengemeinschaft im klaren Widerspruch stand, wie auch dem letzten Absatz des Artikel 230-bis ZGB entnommen werden kann.

Wenn in diesem Absatz festgelegt wurde, dass die stillschweigende Familiengemeinschaft nur insofern überlebt, als sie mit den Grundprinzipien des Art. 230-bis ZGB vereinbar ist, konnte dies nur vor angesichts der Tatsache geschehen, dass die stillschweigende Familiengemeinschaft nicht in allen Dingen als verfassungskonform betrachtet werden konnte. Es ist daher nicht unbedingt nachvollziehbar, wenn diese Rechtsprechung die vor dem Jahr 1975 erbrachte Mitarbeit immer noch durch dieses nicht in allen Bereichen verfassungskonforme Rechtsinstitut geregelt wissen will.

1.5. Die Familienangehörigen

Die Schutzbestimmung des Artikel 230-bis ZGB können folgende Personen in Anspruch nehmen:

- (a) der/die Ehegatte/in,
- (b) die Verwandten bis zum dritten Grad und
- (c) die Verschwägerten bis zum zweiten Grad.

1) Verwandt sind jene Personen, die Nachkommen einer gleichen Stammesperson sind (Artikel 74 ZGB), dabei wird nach Linien und Grade unterschieden (Art. 75 ZGB). Die gerade Linie ist jene, die Personen verbindet, die voneinander abstammen (Vater/Mutter, Sohn/Tochter, Enkel/in usw.).

Die Seitenlinie verbindet Personen, die zwar eine gemeinsame Stammesperson haben, die aber nicht direkt voneinander abstammen (Geschwister, Onkel/Tante und Nefte/Nichte usw.). Die Grade errechnet man, indem man die Personen zurück bis zur gemeinsamen Stammesperson zählt und diese letztere dann wegzählt (Artikel 76 ZGB).

In direkter Linie ist somit ein Familienunternehmen zwischen Betriebsinhaber hinauf bis zu dessen Urgroßvater/mutter (3. Grad) oder hinab bis zu den Urenkeln (3. Grad) denkbar.

In der Seitenlinie ist ein Familienunternehmen zwischen Betriebsinhaber hinauf bis zu dessen Onkel/Tante (3. Grad) oder hinab bis zu dessen Nefte/Nichte (3. Grad) denkbar.

2) Die Schwägerschaft ist dagegen das Band zwischen dem Ehegatten und den Verwandten des anderen Ehegatten (Art. 78 ZGB).

In direkter Linie ist somit ein Familienunternehmen zwischen Betriebsinhaber hinauf bis zum Großvater/mutter des Ehegatten oder hinunter bis zum Enkel/in des Ehegatten (Kind des Kindes des Ehegatten) denkbar. Die Großeltern und Enkel sind im 2. Grad zum Ehegatten verwandt und daher im selben Grad zum anderen Ehegatten verschwägert. In der Seitenlinie ist ein Familienunternehmen zwischen Betriebsinhaber und dem Bruder/Schwester des Ehepartners (2. Grad), also zwischen Ehepartner und Schwager/Schwägerin denkbar.

In der nachstehenden Tabelle sind die fett gedruckten Verwandtschafts- und Verschwägertengrade jene, die ein Anrecht auf Beteiligung im Familienbetrieb haben:

| | | | | | | |
|-----------------------|---------------------------|---|---|---|---------------------------|------------------------|
| | | | Urgrosseltern (4.Grad) | | | |
| | | | Urgroßeltern (3.Grad) | | | |
| Großonkel (4.Grad) | | | Grosseltern/Eltern der Schwiegereltern (2. Grad) | | | Großtante (4.Grad) |
| 2.Onkel (5.Grad) | Onkel (3.Grad) | | Vater/Mutter – Schwiegervater/mutter (1.Grad) | | Tante (3.Grad) | 2.Tante (5.Grad) |
| 2. Vetter (6.Grad) | Vetter (4.Grad) | Bruder Schwager (2.Grad) | <u>Unternehmer</u> | Schwester/ Schwägerin (2.Grad) | Kusine (4.Grad) | 2. Kusine (6. Grad) |
| | Nachneffe (5.Grad) | Neffe (3.Grad) | Sohn/Tochter – Sohn/Tochter des Ehegatten (1.Grad) | Nichte (3.Grad) | Nachkusine (5.Grad) | |
| | | Sohn des Neffen (4.Grad) | Enkel/Enkelin - Enkel/in des Ehegatten (2.Grad) | Tochter der Nichte (4.Grad) | | |
| | | | Urenkel/Urenkelin (3.Grad) | | | |
| | | | Ururenkel/in (4.Grad) | | | |

Da die Familie im Artikel 29 der Verfassung als eine auf der Ehe gegründete Gemeinschaft definiert wird, gelten Lebensgemeinschaften rechtlich nicht als Familie. Dies hat zur Folge, dass zusammenlebende Paare ohne Ehevertrag den Schutz des Artikel 230-bis ZGB nicht in Anspruch nehmen können.

Die Untersuchung der rechtlichen Aspekte bei Zusammenlebenden erfolgt unter dem Kapitel 3.10 mit der Überschrift „Die ‚more uxorio‘ zusammenlebenden Partner“.

Auch bei der Sozialversicherungspflicht gelten hinsichtlich der zu berücksichtigenden Verwandtschaftsgrade - trotz des Versuchs der Vereinheitlichung und der Vereinfachung durch die Rechtsprechung - zum Teil immer noch eigene Regeln.

Sie werden im Kapitel 6 mit der Überschrift „Die Sozialversicherung der Familienmitglieder“ eingehend durchleuchtet werden.

2

Die Bewertung der Arbeit des Familienmitgliedes

2.1 Der „subsidiäre“ oder „residuale“ Charakter des Art. 230-bis ZGB

2.2 Die Bewertung und Einstufung der Arbeit

2.3 Gemeinsame Führung („cogestione“) oder Mitarbeit („collaborazione“) oder Unterordnung („subordinazione“)

2.4 Die faktische Gesellschaft

2.5 Das untergeordnete Arbeitsverhältnis

2.6 Die freie Mitarbeit

2.7 Zusammenfassung

2.8 Die Gründung des Familienunternehmens: schriftlich oder mündlich?

2.9 Ist das Familienunternehmen ein Einzelunternehmen oder ein kollektives Unternehmen?

2.10 Unterschiede zwischen Familienunternehmen und faktischer Gesellschaft

2.11 Das in Form einer Gesellschaft organisierte Familienunternehmen

2.12 Die Charakteristik der Mitarbeit im Familienunternehmen

2.1. Der „subsidiäre“ oder „residuale“ Charakter des Art. 230-bis ZGB

Wie aus dem Vorspann hervorgeht („*Sofern nicht ein anderes Rechtsverhältnis vorliegt...*“), kommt der Mindestschutz des Artikel 230-bis ZGB nur dann zur Anwendung, wenn kein anderes spezifisches Rechtsverhältnis vorliegt.

Artikel 230-bis ZGB gewährt all jenen Familienmitgliedern ein Minimum an Rechtsschutz, die ansonsten schutzlos dastehen würden. Er kann als Auffangbecken für alle jene Familienmitglieder verstanden werden, die im Unternehmen mitarbeiten, die Mitarbeit aber durch keinen spezifischen Rechtstitel (Arbeitsvertrag usw.) abgesichert haben oder deren Mitarbeit durch kein anderes Rechtsverhältnis (untergeordnetes Arbeitsverhältnis usw.) gedeckt ist. Der Schutz besteht aus den Beteiligungs- oder Teilhaberrechten, die wirtschaftlicher Natur (Recht auf Unterhalt, Gewinnbeteiligung usw.) aber auch verwaltungsmäßiger Natur sein können (Recht auf Mitsprache in der Verwaltung des Unternehmens).

Zwei Beispiele:

Wenn ein Familienmitglied im lohnabhängigen Arbeitsverhältnis für das Familienunternehmen tätig ist und dafür jedes Monat den Lohn erhält, hat es kein Beteiligungsrecht, da es schon durch die Bestimmungen über die lohnabhängige Arbeit geschützt ist.

Das Familienmitglied bedarf genauso wenig des Schutzes des Artikel 230-bis ZGB, wenn das Familienunternehmen in Form einer Gesellschaft besteht und das Familienmitglied Gesellschafter ist. In diesem Fall ist es schon aus dem Gesellschaftsvertrag heraus genügend geschützt, der ihm das Recht auf Gewinnausschüttung und auch Stimmrechte einräumt.

2.2. Die Bewertung und Einstufung der Arbeit

Die erste Aufgabe, die es somit zu erledigen gilt, ist festzustellen, in welchem Rechtsverhältnis das arbeitende Familienmitglied zum Familienunternehmen steht oder – besser ausgedrückt - auf welchem Rechtstitel, in der Prozesssprache auf welcher „*causa petendi*“, die Arbeit fußt.

Das Problem der rechtlichen Qualifikation und Einstufung des Rechtsverhältnisses besteht vor allem dann, wenn dieses nicht auf einer schriftlichen und formal konstituierten Grundlage beruht, wenn also kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen wurde.

Wenn ein regulärer Gesellschaftsvertrag, ein persönlicher Arbeitsvertrag oder ein freier Mitarbeitervertrag abgeschlossen wurde, besteht in der Regel kein

Problem der rechtlichen Einstufung des Rechtsverhältnisses. Die Arbeit wird nach dem zugrunde liegenden Rechtstitel geregelt.

Ein Problem ergibt sich nur, wenn zwischen dem Rechtstitel und dem Rechtsverhältnis ein Widerspruch besteht, wenn das Rechtsverhältnis in der Alltagsspraxis anderes gelebt wird, als es im darunter liegenden Rechtstitel geschrieben steht.

Ein Beispiel: Es wurde ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, das Familienmitglied wird aber nie zu einer Gesellschafterversammlung eingeladen, es kann die durch das Gesellschaftsrecht gewährleisteten Rechte des Gesellschafters nicht wahrnehmen und es werden ihm nie Gewinne ausbezahlt. In der Alltagsspraxis arbeitet dagegen das Familienmitglied täglich im Betrieb und ist den gleichen Regeln wie die übrigen Beschäftigten unterworfen, es muss die Anwesenheit durch die Stechuhr bestätigen, muss um Ferien ansuchen usw.

Ein anderes Beispiel: Trotz bestehenden freien Mitarbeitervertrages oder bestehenden Vertrages gemäß Art. 2549 ZGB über eine Beteiligung als stiller Gesellschafter ist das Familienmitglied gänzlich der Weisungs- und Disziplinarbefugnis des anderen, als Unternehmer aufscheinenden Familienmitgliedes unterworfen.

Der Widerspruch zwischen Rechtstitel und Rechtsverhältnis kann gewollt und nur vorgetäuscht sein, er kann aber auch nicht gewollt sein. Besteht ein solcher Widerspruch, ist die Arbeit nach jenem Rechtsinstitut zu klassifizieren, das ihr am nächsten kommt.

Beispiel: Auch wenn im Rechtstitel ein anderes vertragliches Verhältnis vereinbart worden ist, wird die Arbeit trotzdem als abhängiges Arbeitsverhältnis zu einzustufen sein, wenn jene Elemente, die für ein untergeordnetes Arbeitsverhältnis sprechen, vorherrschend sind, wenn das Arbeitsverhältnis also im Alltag wie ein untergeordnetes gelebt wurde.

Ein Problem der rechtlichen Bewertung und Einstufung der Mitarbeit besteht aber auch, wenn kein schriftlicher Rechtstitel vorhanden ist. Auch wenn kein Arbeitsvertrag, kein Gesellschaftsvertrag oder kein formaler Gründungsakt des Familienunternehmens gegeben ist, entsteht das Problem der rechtlichen Einstufung der Arbeit des Familienangehörigen. Auch in diesem Fall ist die Arbeit nach den Regeln jenes Rechtsinstitutes auszurichten, das im gegebenen Fall als vorherrschend betrachtet werden muss.

Dies klärend vorausgeschickt, ist das Spektrum der Mitarbeit des Familienmitgliedes im Familienunternehmen sehr weitläufig und umfasst alle nur denkbaren rechtlichen Formen. Das Familienmitglied kann Mitunternehmer sein, es

kann im Extremfall aber auch nur als Aushilfskraft tätig sein. Um die Arbeit des Familienmitgliedes richtig einzustufen und rechtlich richtig zu bewerten, hat die Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten in mühevoller Kleinarbeit einige systematische Unterscheidungen und Bewertungskriterien erarbeitet.

Bei vorhandenem schriftlichen Rechtstitel ergeben sich in der Regel keine Schwierigkeiten, das Arbeitsverhältnis rechtlich einzustufen.

Ein Problem der Klassifizierung der Arbeit des Familienmitgliedes besteht immer dann, wenn kein schriftlicher Rechtstitel oder Vertrag vorhanden ist oder wenn das Arbeitsverhältnis in der Alltagspraxis anders gelebt wird als es im Vertrag geschrieben steht.

2.3. Gemeinsame Führung („cogestione“) oder Mitarbeit („collaborazione“) oder Unterordnung („subordinazione“)

Wenn kein schriftlicher Vertrag vorhanden ist, ist die erste und alles entscheidende Frage jene, ob das Familienmitglied im Familienunternehmen nur mitarbeitet oder ob es gar die Geschicke des Unternehmens auf höchster Entscheidungsebene mitträgt und mitbestimmt. Es muss festgestellt werden, auf welcher hierarchischen Ebene das Familienmitglied im Unternehmen arbeitet. Es ergibt sich dabei eine von oben nach unten fallende Einstufung.

Auf der obersten Stufe der Leiter steht die gemeinsame Führung des Unternehmens. Das Familienmitglied tritt nach außen als gleichberechtigter Mitunternehmer („co-imprenditore“) auf. Es vertritt das Unternehmen gegenüber Kunden, Banken, Behörden und generell gegenüber Drittpersonen. Es tritt im Namen und in Vertretung des Unternehmens auf (sog. „*affectio societatis*“), und es unterschreibt im Namen des Unternehmens.⁷ Kurz, nach außen erweckt es den Anschein, dass das Familienmitglied für das Unternehmen verantwortlich ist. Es ist daher davon auszugehen, dass das Familienunternehmen gemeinsam von den Familienmitgliedern geführt wird.

Die Arbeit des Familienmitgliedes im Unternehmen kann alle nur erdenklichen Formen annehmen. Schematisch dargestellt kann das Familienmitglied im Unternehmen Mitverantwortung übernehmen, es kann aber auch nur mitarbeiten oder im untergeordneten Arbeitsverhältnis beschäftigt sein.

7) In diesem Sinne Kass. 6505/96 und Kass. 3520/2000.

2.4. Die faktische Gesellschaft

Im Regelfall besteht bei gemeinsamer Führung des Unternehmens ein Gesellschaftsvertrag, und die Aufgabenbereiche sind zwischen den einzelnen Familienmitgliedern genau aufgeteilt.

Es kann aber sein, dass kein Gesellschaftsvertrag vorhanden ist, weil das gemeinsame Unternehmen noch in seinen Anfängen steckt oder weil sich die Familienmitglieder noch keine Gedanken über die Strukturierung des Unternehmens gemacht haben oder dass aus anderen Überlegungen heraus (steuerliche Überlegungen usw.) das Unternehmen einfach gemeinsam geführt wird, jedoch nicht in irgendeine gesetzlich geregelte Gesellschaftsform gekleidet ist.

Sollte kein Gesellschaftsvertrag vorhanden sein, kommen in diesem Falle die Regeln der sog. „faktischen Gesellschaft“ („*società di fatto*“) zur Anwendung. Die Gesellschaft gehört anteilmäßig jedem einzelnen Familienmitglied, das deshalb gegenüber Dritten zusammen mit dem Gesellschaftsvermögen persönlich haftet und auch zusammen mit der Gesellschaft in Konkurs geht.⁸ Wenn nichts anderes bestimmt ist, arbeiten die Familienmitglieder auf einer Ebene der Gleichberechtigung, der gleichen Entscheidungsbefugnisse und auch der gleichen Verantwortung. Man umschreibt dies, indem man sagt, die faktische Gesellschaft habe ‚externe‘ Relevanz.

Die faktische Gesellschaft richtet sich nach den Regeln der „einfachen Gesellschaft“ („*società semplice*“).

Solange eine Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist, kommen nämlich laut Artikel 2297 ZGB die Regeln der einfachen Gesellschaft zur Anwendung⁹.

Die einfache Gesellschaft ist in den Artikeln 2251 ZGB ff. geregelt. Sie bedarf keines schriftlichen Gründungsvertrages, die Gesellschafter treten nach außen auf, und die Geschäftsführung obliegt in der Regel jedem einzelnen Gesellschafter.

8) Vgl. Kass. 3520/2000: In jenem Prozess stellte man sich die Frage, ob der Ehegatte im Unternehmen der Ehefrau nur mitgearbeitet oder dieses mitgeführt hatte. Da der Ehegatte nach außen im Namen des Unternehmens auftrat („*affectio societatis*“), wurde er vom Gericht als faktischer Mitunternehmer eingestuft. Zwischen Ehemann und Ehefrau waren laut Gericht die Regeln der „faktischen Gesellschaft“ anzuwenden, und somit wurde gegen beide Eheleute persönlich der Konkurs eröffnet.

9) Die Überlegung, die hinter dem Artikel 2297 ZGB steckt, ist folgende: Kollektive Unternehmen, die nicht oder noch nicht - aus welchem Grund auch immer - in einer gesetzlich geregelten Gesellschaftsform konstituiert sind, können nicht im rechtsleeren Raum stehen gelassen werden. Daher stülpt man ihnen das Kleid der „einfachen Gesellschaft“ über, und das Wirken der Gesellschafter, sei es nach innen, sei es nach außen, ist damit zumindest in den Grundzügen geregelt. Damit ist Rechtssicherheit geschaffen.

ter. Diese haften gesamtschuldnerisch und persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, mit der sie zusammen in Konkurs gehen. Das persönliche Eigentum grenzt sich nur durch den sog. „*beneficium excussionis*“ gegenüber jenem der Gesellschaft ab. Die Gewinne und Verluste werden in der Regel zu gleichen Teilen geteilt. Eine besondere Form der faktischen Gesellschaft ist das sog. „eheliche Unternehmen“. Darauf wird noch zu einem späteren Zeitpunkt eingegangen werden.

Treten im Außenverhältnis alle Familienmitglieder als Unternehmer im Namen des Unternehmens auf („*affectio societatis*“), so sind sie als Mit-unternehmer zu betrachten („co-gestione“).

Wenn kein Gesellschaftsvertrag vorhanden ist, kommen die Regeln der „faktischen Gesellschaft“ zur Anwendung.

Als Beispiel von Mitunternehmertum gilt das „eheliche Unternehmen“ zwischen Eheleuten.

2.5. Das untergeordnete Arbeitsverhältnis

Wenn einmal die erste und primäre Frage, nämlich ob das Familienmitglied die Geschicke des Familienunternehmens als Mitunternehmer auf höchster Ebene mitbestimmt, verneinend geklärt ist, so ist die zweite Frage zu prüfen, nämlich jene, ob ein untergeordnetes Arbeitsverhältnis besteht. In diesem Fall steht das Familienmitglied nicht mehr auf gleicher Höhe zum das Unternehmen leitenden Familienmitglied, sondern in einer subalternen Position.

Immer vorausgesetzt, es liegt kein Arbeitsvertrag ¹⁰ vor, so hat die Rechtspre-

10) Das Fehlen eines Arbeitsvertrages selbst ist schon ein wichtiger Hinweis darauf, dass kein untergeordnetes Arbeitsverhältnis gewollt ist und daher auch nicht besteht.

Das war nicht immer so. Es gab Zeiten in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, in denen man den vertraglichen Willen der Parteien, ob sie überhaupt ein Arbeitsverhältnis wollten oder nicht, nicht ernst nahm und dem Vertragswillen auch nicht das geringste Gewicht beimaß. Dies aus ideologischen Gründen. Um den Arbeiter zu schützen, wollte man das Arbeitsverhältnis völlig autoritär regeln und das liberale, vertragliche Willenselement völlig abwürgen. Es sind dies die sog. „nichtvertraglichen Theorien“, laut denen das Arbeitsverhältnis allein durch die erbrachte Arbeitsleistung begründet wird. Ob die Parteien dabei wirklich ein Arbeitsverhältnis wollen oder nicht, ist hierbei irrelevant.

Letzthin wurde das liberale, vertragliche Element wieder aufgewertet.

Anlehndend an den im Vertragsrecht herrschenden „Synallagmatismus“, unterscheidet die jüngere Rechtsprechung der Arbeitsgerichte auch zwischen zwei zeitlichen Phasen. Die erste bezieht sich auf den in der Entstehung des Arbeitsverhältnisses zum Ausdruck gebrachten Vertragswillen (sog. „*fase genetica*“), die zweite bezieht sich auf die praktische Handhabung im Alltag des Arbeitsverhältnisses (sog. „*fase funzionale*“). Der Vertragswille stellt wieder ein wichtiges Auslegungsmoment hinsichtlich der Einstufung des Arbeitsverhältnisses dar (vgl.

chung mehrere Kriterien herausgearbeitet, die es ermöglichen, ein Arbeitsverhältnis als untergeordnet zu werten. Es sind allgemein gültige Kriterien, die für jedes Arbeitsverhältnis gelten, egal ob außerhalb oder innerhalb des Familienunternehmens.

Das allerwichtigste Kriterium bei der Feststellung des untergeordneten Arbeitsverhältnisses ist die Weisungs-, hierarchische- und disziplinarrechtliche Befugnis. Es muss geklärt werden, ob der Arbeitnehmer, in diesem Fall das Familienmitglied, der Weisungs-, hierarchischen- und disziplinarrechtlichen Befugnis des anderen als Unternehmer aufscheinenden Familienmitgliedes (in der Regel der Vater) unterworfen ist.¹¹

Die primäre Wichtigkeit dieses Einstufungskriteriums ist in der Rechtsprechung unbestritten.¹²

Die Rechtsprechung hat auch noch weitere, zweitrangige, sog. „subsidiäre“ Bewertungskriterien¹³ erarbeitet, wie die Einhaltung einer bestimmten Arbeitszeit, die regelmäßige und immer gleich bleibende Entlohnung, die Genehmigung von Ferien, die Risikobeteiligung, die pensions- und sozialversicherungsrechtliche Position usw.

Diese Hilfskriterien sind dann heranzuziehen, wenn das primäre Kriterium der Weisungsbefugnis keine sichere Beurteilung über die Unterordnung zulässt.

Kass. 4308/2000 und Kass. 6819/2000). Sollte das Arbeitsverhältnis im Alltag anders gelebt werden, als es im Vertragswillen zum Ausdruck gebracht wird, sollte also ein Widerspruch zwischen den beiden Phasen bestehen, so rezediert der Vertragswille gegenüber der im Alltag zum Ausdruck gebrachten Handhabung (vgl. ex multis Kass. 3001/2002, Kass. 1420/2002 und Kass. 4682/2002). In anderen Worten, wenn im Vertrag eine freie Mitarbeit festgelegt wurde, das Arbeitsverhältnis im Alltag jedoch wie ein untergeordnetes gehandhabt wird, so ist das Arbeitsverhältnis als ein untergeordnetes zu bewerten. Die ideologischen Streitereien und die zeitweise völlige Außerachtlassung des von den Parteien zum Ausdruck gebrachten Vertragswillens und auch des gewählten „*nomen iuris*“ hat in den letzten Jahrzehnten viel Unsicherheit in die Rechtsprechung getragen, und praktisch jedes Arbeitsverhältnis war vor dem Arbeitsgericht anfechtbar. Die einfache Uminterpretierung eines Arbeitsverhältnisses ohne jegliche Berücksichtigung des Vertragswillens zeugt von einer autoritären Rechtsprechung. Dieser Rechtsunsicherheit versucht die sog. „*riforma Biagi*“ (Art. 75 ff. G.D.276/03) dadurch beizukommen, indem sie die Möglichkeit vorsieht, dass die Arbeitsverhältnisse vorher durch fachlich qualifizierte Körperschaften (Arbeitsamt usw.) „bescheinigt“ werden können. Erklärtes Hauptziel der sogenannten Bescheinigungsverfahren, die nichts anderes als eine fachliche Betreuung in der Willensbekundung sind, ist die Verringerung der Streitfälle. Die Zukunft wird zeigen, ob das Ziel erreicht werden kann oder nicht.

- 11) Es ist dies die allseits bekannte „*soggezione al potere direttivo, gerarchico e disciplinare del datore di lavoro*“. Zuletzt Kass. 4.171/06 und Kass. 24.700/05.
- 12) Meistens wird das Kriterium der disziplinarrechtlichen Befugnis unterschätzt. Bei Verfehlungen oder Entgleisungen hat der im untergeordneten Arbeitsverhältnis Beschäftigte ein Recht auf die schriftliche Vorhaltung gemäß Art. 7 Gesetz 300/1970, und die Strafen reichen vom mündlichen Verweis über Lohnabzug und Suspendierung bis hin zur Entlassung. Zwischen Familienmitgliedern kann man sich eine solcherart gestaltete Unterordnung oft schwer vorstellen.
- 13) Ex multis Kass. 2767/05.

Beispiel: Wenn nicht klar ist, ob das Familienmitglied Weisungen vom Unternehmer erhalten hat, so erörtert man die sekundären Kriterien. Man versucht festzustellen, ob das Familienmitglied gezwungen war, um Ferien anzusuchen, welche versicherungsrechtliche Position es beim NISF genoss, ob es im Fond der abhängigen Arbeiter versichert war, ob der Lohn regelmäßig am Monatsende, wie den übrigen Beschäftigten auch, ausbezahlt worden ist usw.

Wenn die Arbeit nur einen ganz einfachen und manuellen Aufgabenbereich umfasst, wenn es sich also um eine rein exekutive Arbeit im untersten Einstufungsbereich handelt, so bedarf es auch nur einer „abgeschwächten Weisungsbefugnis“¹⁴. Um das typische Element der Unterordnung zu haben, genügt bei einer mechanischen, repetitiven und immer gleich bleibenden Tätigkeit eine einmalige Anweisung. Die Weisungsbefugnis muss nicht immer erneuert werden.

In einigen Urteilen wird auch die systematische Eingliederung in die betriebliche Organisation und in die Produktionsabläufe als ein wichtiger Hinweis auf die Unterordnung gewertet¹⁵.

2.6. Die freie Mitarbeit

Als Alternative zum untergeordneten Arbeitsverhältnis kann das Familienmitglied auch ein freies Mitarbeitsverhältnis im Sinne des Art. 409 Nr. 3 ZPO mit dem Unternehmen eingehen.

Ein solches Mitarbeitsverhältnis ist nur dann denkbar, wenn ein schriftlicher Mitarbeitervertrag abgeschlossen worden ist.

Diese Feststellung bedarf einer genaueren Erklärung.

Die Mitarbeit im Familienunternehmen gemäß Art. 230-bis ZGB ist eine Unterart der freien Mitarbeit, die im Art. 409 Nr. 3 ZPO geregelt ist. Sie ist eine spezifische Form der freien Mitarbeit, die sich durch das Verwandtschaftsverhältnis mit dem Unternehmer kennzeichnet.

Beide Formen der freien Mitarbeit müssen somit folgende Eigenschaften aufweisen:

- a) Die Mitarbeit muss ständig, d.h. kontinuierlich und fortdauernd erfolgen. Sie darf also nicht nur gelegentlich sein.
- b) Die freie Mitarbeit darf nicht weisungsgebunden sein. Sie kann höchstens

14) Vgl. Kass. 16805/02, der von einem „*vincolo di subordinazione attenuato*“ spricht.

15) Vgl. Kass. 18.660/05 und Kass. 6983/0

koordiniert werden. Dies ist das entscheidende Abgrenzungsmerkmal zum untergeordneten Arbeitsverhältnis. Es ist im Grunde nur ein schwaches und sehr subjektives Unterscheidungskriterium, da die Grenze zwischen untergeordneter Anweisung und freier Koordination nicht leicht auszumachen ist. Unter Umständen ist auf die oben beschriebenen Hilfskriterien wie das Benützen der Stechuhr, eine geregelte Arbeitszeit, ein fixer Lohn, usw. zurück zu greifen. Diese Hilfskriterien oder Indizien sprechen eher für das Vorhandensein einer Weisungsgebundenheit. Sie sind mit der freien Mitarbeit nur schwer in Einklang zu bringen.

- c) Die Mitarbeit muss persönlich erfolgen. In der Mitarbeit im Familienunternehmen ist das persönliche Element durch das verwandtschaftliche Naheverhältnis zum Unternehmer gekennzeichnet.

Wenn kein schriftlicher Mitarbeitervertrag vorliegt, fällt das freie Arbeitsverhältnis des Familienmitgliedes automatisch unter den subsidiär anzuwendenden Art. 230-bis ZGB.

Liegt dagegen ein schriftlicher Mitarbeitervertrag vor, dann fällt das freie Arbeitsverhältnis des Familienmitgliedes unter die Bestimmungen des Art. 409 Nr. 3 ZPO. Das Arbeitsverhältnis ist durch den Vertrag geregelt.

Um Lohnkosten zu sparen – es fallen kein 13. Monatsgehalt, kein Urlaub und keine Abfertigung an - wird oft nur ein freies Arbeitsverhältnis vorgetäuscht, in Wirklichkeit handelt es sich aber um ein ganz gewöhnliches, untergeordnetes Arbeitsverhältnis.

Sollte ein freier Mitarbeitervertrag abgeschlossen worden sein, das Familienmitglied aber der Auffassung sein, in Wirklichkeit in einem gewöhnlichen untergeordneten Beschäftigtenverhältnis gestanden zu haben, ist es voll beweispflichtig. Es muss in erster Linie beweisen, dass es der Weisungsbefugnis des Unternehmers unterworfen war, der seine Arbeit nicht nur locker koordiniert, sondern strikte Anweisungen erteilt hat.¹⁶

Ursprünglich war die freie Mitarbeit auf die geistigen Berufe beschränkt. Man

16) Auch bei der freien Mitarbeit ist die Tätigkeit des Mitarbeiters mit der Tätigkeit des Unternehmens zu koordinieren. Die Bewertung, ob der Unternehmer nur koordiniert, wie dies bei der freien Mitarbeit der Fall ist, oder ob er „präzise“ Weisungen erteilt, wie dies bei einem untergeordneten Arbeitsverhältnis der Fall ist, ob die Arbeit fremdbestimmt ist oder nicht, ist sehr subjektiv und lässt einen weiten Ermessensspielraum zu. Vor allem die Sozialversicherungsanstalten (z.B. NISF) behaupten immer wieder, dass die freien Arbeitsverhältnisse in Wirklichkeit weisungsgebundene Abhängigkeitsverhältnisse sind. Sie verlangen dann die Nachzahlung der Sozialbeiträge für einen abhängig Beschäftigten, welche bekanntlich höher sind als jene für einen freien Mitarbeiter.

hielt sie bei einfachen, körperlichen Berufen für nicht zulässig. Mittlerweile ist sie gesetzlich auch bei den sog. „manuellen“ Tätigkeiten, wie Putzdiensten, Ausgehendiensten usw. anerkannt¹⁷, sodass der Aufgabenbereich (sog. „*mansioni*“), der dem Familienmitglied innerhalb des Unternehmens zugewiesen ist, kein Unterscheidungskriterium mehr zwischen Unterordnung und freier Mitarbeit darstellt.

Sollte nach einer Bewertung des Arbeitsverhältnisses zwischen Familienmitglied und Unternehmer anhand der eben beschriebenen Bewertungskriterien die Unterordnung ausgeschlossen sein und auch kein vertragliches freies Arbeitsverhältnis eingegangen worden sein, so greift – wie bereits ausgeführt - als subsidiär verbleibendes Rechtsinstitut die Bestimmung des Artikel 230-bis ZGB.

2.7. Zusammenfassung

Wenn das kontinuierlich und ständig im Unternehmen arbeitende Familienmitglied sich nicht als Gesellschafter bezeichnen kann, weder als formeller Gesellschafter, weil kein Gesellschaftsvertrag vorliegt, noch als faktischer Gesellschafter, weil es nicht die Geschicke des Unternehmens mitbestimmt, wenn es sich schließlich auch nicht auf ein untergeordnetes Arbeitsverhältnis berufen kann, weil es nicht weisungsgebunden ist, und wenn es auch keinen freien Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, dann kann es sich auf den subsidiären Mindestschutz des Art. 230-bis ZGB berufen.

Es ergibt sich nun folgende, wie ein Zahnrad ineinander greifende Konstellation:

- Bei der gemeinsamen Führung („*cogestione*“) bestimmt das Familienmitglied die Geschicke des Unternehmens mit. Das Familienmitglied tritt nach außen als Mitunternehmer auf, es übernimmt Verantwortung und bestimmt und prägt das Unternehmen in allen Entscheidungen mit. Das Unternehmen gehört ihm auch anteilmäßig. Es trägt aber auch das Unternehmensrisiko und der Konkurs wird auf das Familienmitglied ausgedehnt. Über den Gesellschafter wird zusammen mit der Gesellschaft der Konkurs verhängt¹⁸.
- Bei der Unterordnung („*subordinazione*“) oder – alternativ zu dieser - im freien Arbeitsverhältnis nimmt das Familienmitglied an der Führung des Unternehmens nicht teil, es trägt kein Unternehmensrisiko. Im Gegenzug ist es aber auch nicht an den Gewinnen beteiligt, sondern erhält nur einen fixen Lohn.

17) Vgl. Artikel 34 des Gesetzes 342/2000 („*Collegato fiscale alla finanziaria 2000*“), so wie im Rundschreiben Nr. 207/E des Finanzministeriums ausgelegt.

18) In diesem Sinne zuletzt Kass. 2975/2006.

- Bei der Mitarbeit („*collaborazione*“) ex Art. 230-bis ZGB nimmt das Familienmitglied beschränkt an der Führung des Unternehmens teil, da es bestimmte Mitspracherechte hat. Nach außen tritt es nicht in Erscheinung, übernimmt auch keine Verantwortung, haftet nicht für die Schulden des Unternehmens und über ihm gegenüber wird auch nicht der Konkurs erklärt.

Es ist zwar an den Gewinnen beteiligt, wenn jedoch kein Gewinn vorhanden ist, hat das Familienmitglied keinerlei Anspruch auf andere Formen von Entlohnung. Sein Risiko ist deshalb beschränkt: Es kann einen Gewinn haben, es erleidet aber nie einen persönlichen Verlust.

Bei der Mitarbeit wird ein beschränktes Risiko eingegangen, das zwischen Mitbestimmung (volles Risiko) und Unterordnung (kein Risiko) liegt.

In der Alltagspraxis sieht es so aus, dass das Familienmitglied seine Forderungen am Erfolg des Unternehmens orientiert. Ist das Unternehmen wenig erfolgreich und wirft es nur geringe Gewinne ab, klagt das Familienmitglied in der Regel ein untergeordnetes Arbeitsverhältnis ein und verlangt die Nachzahlung der Löhne.

Ist das Unternehmen dagegen sehr erfolgreich, möchte das Familienmitglied in den meisten Fällen am Gewinn und an den Zuwächsen beteiligt sein und klagt daher die Teilhaberrechte ex Art. 230-bis ZGB ein, indem es auf ein Arbeitsverhältnis besteht.

Da das Familienmitglied – zwar nur beschränkt - am Unternehmensrisiko teilnimmt, hat es der Kassationsgerichtshof für nicht richtig befunden, wenn in der Berechnung der Ausschüttung der Gewinne auf den kollektivvertraglichen Mindestlohn Bezug genommen wird.¹⁹

Die Gewinnbeteiligung ist zwar nach Billigkeit festzulegen, und bei der Berechnung der Gewinne kann das Gericht die unterschiedlichsten Maßstäbe anwenden, es muss dabei aber dem grundsätzlichen Unterschied zwischen dem risikolosen Angestellten und dem risikobehafteten Mitarbeiter Rechnung tragen.

Als Maßstab für die Festlegung des Gewinnes kann deshalb nicht der Tariflohn des Angestellten herangezogen werden.

19) Vgl. Kass. 11.332/99 und Kass. 13.390/92: Da es im Nachhinein oft nicht leicht ist, die Gewinne festzustellen, die das Unternehmen im Laufe der Jahre erwirtschaftet hat, haben einige Richter einfach den Lohn berechnen lassen, den das Familienmitglied im Laufe der Jahre verdient hätte, wenn es im untergeordneten Arbeitsverhältnis gestanden wäre.

- 1) „Mitunternehmertum“ („*co-gestione*“) bedeutet einerseits das Recht auf Mitentscheidung, andererseits aber auch auf Mitverantwortung.
- 2) „Unterordnung“ („*subordinazione*“) bedeutet keine Mitverantwortung, daher auch kein Recht auf Mitentscheidung und folglich auch nur ein fixer Lohn.
- 3) „Mitarbeit im Familienunternehmen“ („*collaborazione*“) bedeutet beschränktes Mitentscheidungsrecht, daher auch beschränkte Mitverantwortung. Das Familienmitglied wird für die Arbeit nur dann belohnt, wenn ein Gewinn erwirtschaftet worden ist. Dafür erleidet es aber nie einen Verlust.

2.8. Die Gründung des Familienunternehmens: schriftlich oder mündlich?

Das Familienunternehmen kann, muss aber nicht, durch einen formalen Gründungsakt errichtet werden.

Für die Beanspruchung bestimmter steuerlicher Begünstigungen bedarf es dagegen eines schriftlichen Gründungsaktes (öffentliche Urkunde oder beglaubigte Privaturkunde). Wenn man den Gewinn auf die Familienmitglieder aufteilen will, d.h. wenn man den Gewinn „splitten“ will, bedarf es der formalen Gründung, wobei die beteiligten Familienmitglieder in der Urkunde anzuführen sind. Um Missbrauch vorzubeugen, hat Art. 3, Absatz 12 des G.D. 853/84 (umgewandelt in Gesetz 17/85) festgeschrieben, dass nur 49% der Gewinne auf die Familienmitglieder aufgeteilt werden können und auch dies nur dann, wenn sie fortdauernd und mehrheitlich im Familienunternehmen arbeiten.²⁰

Die Bestimmung ist dann von Art. 5, Absatz 4 des Einheitstextes über die Einkommenssteuer (TUIR) Nr. 917/86 übernommen worden.

Für das Zivilrecht besteht das Familienunternehmen dagegen immer dann, wenn die Voraussetzungen des Artikels 230-bis ZGB erfüllt sind, nämlich ein von einem Familienangehörigen geführtes Unternehmen, in welchem ein anderes Familienmitglied seine kontinuierliche Arbeitsleistung einbringt.

Das Familienunternehmen kann somit entweder mittels „*acta concludentia*“ oder mittels „*facta concludentia*“ gegründet werden.

20) Die zivilrechtliche Bestimmung des Art. 230-bis ZGB verlangt nur, dass die Mitarbeit „fortdauernd“ sein muss, die Steuergesetzgebung ist dagegen strenger, da die Mitarbeit für deren Zwecke nicht nur „fortdauernd“ sondern auch „vorwiegend“ oder „mehrheitlich“ im Familienunternehmen erbracht werden muss.

Bezüglich der faktischen Begründung eines Familienunternehmens ist jedoch eine Präzisierung notwendig. Man streitet nämlich darüber, ob die faktische Mitarbeit schon genügt, um die Teilhaberrechte geltend machen zu können oder ob es einer vertraglichen - wenn auch nur mündlichen - Willensäußerung bedarf, um als mitarbeitendes Familienmitglied zu gelten. Die Rechtsprechung ist geteilter Auffassung.

Ein Teil²¹ vertritt die Ansicht, dass die reine und objektive Mitarbeit genügt, damit die subsidiäre Regelung des Artikel 230-bis ZGB greift. Sie kommt automatisch und „ex lege“ zur Anwendung, wenn das Familienmitglied einfach faktisch im Unternehmen mitarbeitet. Das Familienmitglied muss sich nicht einmal bewusst sein, dass seine Mitarbeit eine durch den Artikel 230-bis ZGB geschützte ist. Es bedarf keines vertraglichen Gründungswillens, da das Willenselement nicht zählt. Auf der anderen Seite wird jedoch die Auffassung vertreten²², dass es, um ein Familienunternehmen zu haben, zwar keines formalen Gründungsaktes bedarf, dass aber stets eine zumindest gewollte stillschweigende Gründung notwendig ist. Das Willenselement ist wichtig, es kann auch nur durch entsprechende Handlungen zum Ausdruck gebracht werden (sog. „*facta concludentia*“). Alle, sowohl der Unternehmer als auch die mitarbeitenden Familienmitglieder, müssen sich aber bewusst sein, dass die Mitarbeit im Rahmen eines Familienunternehmens erfolgt und damit auch einverstanden sein. Es genügt also nicht nur die objektive und faktische Mitarbeit, es bedarf eines „*quid pluris*“, nämlich auch des Willens der Parteien, aus dem hervorgeht, dass sie ein Familienunternehmen wollen. Notwendig ist zumindest ein formloser Vertrag zwischen Unternehmer und mitarbeitendem Familienmitglied. Der vertragliche Wille geht aus dem entsprechenden Verhalten hervor. Laut dieser Rechtsprechung müsse sich der Unternehmer nämlich immer der Mitarbeit des Familienmitgliedes in seinem Unternehmen widersetzen können. Wenn die Beanspruchung des Schutzmechanismus des Art. 230-bis ZGB willensunabhängig wäre und automatisch erfolgen würde, wäre es dem Unternehmer nicht möglich, sich von vorneherein der Mitarbeit des Familienmitgliedes zu widersetzen.

Diese letzte Rechtsmeinung ist zwar vorherrschend, sie hat aber auch eine negative Seite. In der Absicht des Gesetzgebers ist das Familienmitglied immer durch Artikel 230-bis ZGB geschützt, auch wenn es und der Unternehmer sich nicht bewusst sind, dass die Mitarbeit jene im Artikel 230-bis ZGB angeführten Rechtsfolgen und -wirkungen nach sich zieht²³. Die „*ratio*“ des Art. 230-bis

21) Vgl. Kass. 8959/92 und Kass. 697/03.

21) Vgl. Ver.Abt. Kass. 89/95, Kass. 27839/05 und Kass. 1525/97.

23) Auch das untergeordnete Arbeitsverhältnis ist nur bedingt vom Gestaltungswillen des Arbeitgebers abhängig. Die Rechtswirkungen und -folgen eines Arbeitsverhältnisses sind ausschließlich vom Gesetz bestimmt und nicht vom Willen des Arbeitgebers.

ZGB und seiner subsidiären Mindestschutzfunktion würde ausgehöhlt, wenn sie vom Willen des Unternehmers abhängen würde.

Diese Überlegungen sind jedoch mehr theoretischer denn praktischer Natur, denn wenn der Unternehmer über einen längeren Zeitraum hinweg die Mitarbeit des Familienmitgliedes duldet, hat er sie zumindest stillschweigend angenommen. Es ist kaum vorstellbar, dass ein Familienmitglied ohne Wissen des Unternehmers im Betrieb arbeitet. Die schriftliche Gründung des Familienunternehmens ist nicht nur unter dem steuerlichen Aspekt wichtig, sondern auch unter einem prozessrechtlichen.

Sie bewirkt nämlich auch die Umkehr der Beweispflicht im Gerichtsverfahren.²⁴

Wenn das Familienunternehmen auf keinem formalen Gründungsakt ruht, so ist das Familienmitglied, das behauptet, im Unternehmen gearbeitet zu haben, voll beweispflichtig. Wenn das Familienunternehmen auf einem formalen Gründungsakt beruht, so lastet die Beweispflicht auf dem Unternehmer. Wenn dieser das Bestehen des Familienunternehmens oder die Mitarbeit des Familienmitgliedes verneint, dann obliegt ihm die Pflicht nachzuweisen, dass etwa der Gründungsakt nicht in die Tat umgesetzt worden ist, dass das Familienunternehmen nur zum Schein gegründet worden ist oder dass das Familienmitglied dort nie gearbeitet hat. Die schriftliche Gründung ist auch noch unter einem weiteren, dritten Gesichtspunkt von Bedeutung. Laut jüngster Rechtsprechung besteht nämlich hinsichtlich der Gewinne die Vermutung, dass die in der Gründungsurkunde schriftlich ausgewiesene Gewinnbeteiligungsquote der Realität entspricht, sodass sich der Richter an diese zu halten hat, wenn im Prozess nichts anderes bewiesen wird.²⁵

Die Gründung des Familienunternehmens ist keiner Formvorschrift unterworfen.

Sie kann schriftlich („*acta concludentia*“) oder stillschweigend durch das Setzen entsprechender Handlungen und durch entsprechendes Verhalten erfolgen („*facta concludentia*“). Bei einer mündlichen Gründung ist das mitarbeitende Familienmitglied voll beweispflichtig. Es muss beweisen, dass es im Familienunternehmen mitgearbeitet hat und auch wie viel es mitgearbeitet hat.

Eine schriftliche Gründung hat den Vorteil der zweifachen Umkehr der Beweislast im Gerichtsverfahren, erstens hinsichtlich des Bestehens eines Familienunternehmens, aber auch hinsichtlich der Gewinnbeteiligungsquote. Der Unternehmer muss beweisen, dass das Familienmitglied nicht mitgearbeitet hat und dass die Mitarbeit geringer war, als schriftlich festgelegt war. Eine schriftliche Gründung mittels öffentlicher Urkunde oder beglaubigter Privaturkunde hat überdies den Vorteil, dass man die steuerrechtliche Begünstigung der Aufteilung, d.h. „Splittung“ der Gewinne beanspruchen kann.

24) In diesem Sinne Kass. 11.608/2000 und Kass. 1525/97.

25) Vgl. Kass. 9897/03.

2.9. Ist das Familienunternehmen ein Einzelunternehmen oder ein kollektives Unternehmen?

Als die Bestimmung des Artikel 230-bis in das Zivilgesetzbuch eingefügt wurde, tauchte unverzüglich die Frage auf, welchen Stellenwert die einzelnen mitarbeitenden Familienmitglieder im Unternehmen einnehmen, d.h. ob diese selbst als Unternehmer zu betrachten seien oder nicht. Die gesetzliche Bestimmung sprach ihnen nämlich Mitbestimmungs- und Mitentscheidungsrechte in der Gestaltung des Unternehmens zu, welche eigentlich nur dem Unternehmer selbst zustehen. Nur ein Unternehmer entscheidet nämlich über die Verwendung der Gewinne, über die außerordentliche Geschäftsführung, über die Produktionsrichtlinien und über die Einstellung der Tätigkeit.

Die Frage war, ob es sich beim Familienunternehmen um ein kollektives Unternehmen, also um ein einer Gesellschaft ähnliches Gebilde mit mehreren Unternehmern handelt, oder ob es weiterhin ein Einzelunternehmen bleibt, in welchem nur ein Familienmitglied als Unternehmer aufscheint, während die anderen Familienmitglieder diesen Status nicht innehaben.

Um die Frage besser zu verstehen, muss man sie im geschichtlichen Zusammenhang sehen.

Rechtsvorgänger des Familienunternehmens ist die stillschweigende Familiengemeinschaft. Diese war durch die hierarchische Überordnung des Familienoberhauptes gekennzeichnet. Die anderen Familienmitglieder hatten zwar theoretisch einige Rechte, in der Praxis waren sie aber ganz dem Oberhaupt untergeordnet.

Mit der Verabschiedung des Artikel 230-bis ZGB wollte man in erster Linie die Unterordnung der Familienmitglieder gegenüber dem Oberhaupt beseitigen. Man wollte dem Familienmitglied und vor allem der Frau Mitentscheidungsrechte einräumen.

Als die neue Bestimmung über das Familienunternehmen in Kraft getreten war, argumentierte die fortschrittliche Rechtslehre sofort dahingehend, dass dies das Ende des hierarchischen Prinzips im Unternehmen sei. An Stelle der autoritären Führung durch das Familienoberhaupt sei das Prinzip der demokratischen und paritätischen Mitbestimmung aller Familienmitglieder getreten. Das zuvor autoritär von nur einer Person geführte Unternehmen sei nun ein kollektives Unternehmen geworden. Jedes mitarbeitende Familienmitglied sei nun in den Rang des Unternehmers aufgestiegen. Alle Familienmitglieder hätten die gleichen Rechte, aber auch die gleichen Pflichten und dieselbe Verantwortung. Die

erwirtschafteten Gewinne und Zuwächse gehörten allen gemeinsam, die Beteiligung sei dinglicher Natur. Diese Auffassung entsprach vollends dem Zeitgeist der 68er Jahre, in welchem jede Form von Autorität und Hierarchie verpönt war. Diese kollektive Grundtheorie wurde dann in den verschiedensten Variationen dargestellt.

Für die einen war das Familienunternehmen eine Art „Gesellschaft“, und es war somit den Regeln des Gesellschaftsrechts unterworfen. Für andere kamen die Regeln des „nicht anerkannten Vereins“ zur Anwendung. Die Theorie, dass auf das Familienunternehmen die Regeln der faktischen Gesellschaft anzuwenden seien, war die am weitesten verbreitete ²⁶.

Dieser Annahme stand die konservativere Rechtslehre gegenüber, gemäß welcher das hierarchische Prinzip durch den Artikel 230-bis ZGB nicht abgeschafft worden sei. Laut dieser Theorie war und blieb das Familienunternehmen immer noch ein Unternehmen des Familienoberhauptes, also ein Einzelunternehmen. Die Familienmitglieder seien nicht zu Unternehmern aufgestiegen, sie hätten nur einige Rechte zugesprochen bekommen, die sie im Innenverhältnis gegen das Familienoberhaupt, d.h. gegen den Unternehmer geltend machen könnten. Die erwirtschafteten Gewinne und Zuwächse gehörten immer nur dem Unternehmer, die Familienmitglieder hätten nur ein Forderungsrecht auf Auszahlung des Gegenwertes.

Die Frage war nicht nur theoretischer Natur, sondern hatte bedeutende praktische Auswirkungen.

Da das Familienmitglied über die Geschicke des Unternehmens mitentscheidet, konnte man nämlich ohne weiteres behaupten, dass es selbst die Funktion des Unternehmers einnimmt, sozusagen zum Mitunternehmer wird und als solches zusammen mit dem Unternehmen für dessen Verbindlichkeiten haftet, bis hin zur extremsten Haftung, nämlich jener, dass über ihn - zusammen mit dem Unternehmen - der Konkurs erklärt wird.

Die Essenz dieser Theorie war, dass derjenige, der mitentscheidet, auch mit-haften soll. Anknüpfungspunkt dieser Auffassung waren die großzügigen Mit-

26) Diese Auffassung wurde auch vom Staatsrat im Gutachten vom 11.2.1976 vertreten. Im Folgenden einige Auszüge aus dem Gutachten:

“...si desume con assoluta certezza che nell'ambito dell'impresa familiare non esiste un capo, un titolare dell'impresa....dalla necessaria partecipazione di tutti i familiari per decidere l'indirizzo dell'impresa e gli atti di straordinaria amministrazione, è consentito trarre la convinzione che la norma abbia voluto fare riferimento... ai principi generali, previsti dal codice, in tema di gestione collettiva dell'azienda, dove, come è stato esattamente osservato ' vige la regola, salvo che non sia diversamente convenuto e portato a conoscenza dei terzi, che tutti i soci hanno la rappresentanza della società semplice e di quella irregolare o di fatto'...”

entscheidungsrechte, die Artikel 230-bis ZGB dem mitarbeitenden Familienmitglied einräumt. Wenn dieses in der außerordentlichen Geschäftsführung und bei den Produktionsrichtlinien mitentscheiden darf, dann übernimmt es auch eine tragende Rolle im Unternehmen, das nicht mehr ausschließlich vom Familienoberhaupt, sondern von allen Familienmitgliedern paritätisch geführt ist. Eng verbunden mit diesem Problem war auch die Frage, in welcher Beziehung die einzelnen Familienmitglieder zu den Gläubigern des Familienunternehmens stehen, d.h. ob sie auch persönlich gegenüber diesen haften oder nicht. Wenn das Familienmitglied als Mitunternehmer zu betrachten ist, muss es nämlich auch persönlich gegenüber den Gläubigern des Unternehmens haften. Die Theorie des Familienunternehmens als kollektives Unternehmen führte allerdings zu Schlussfolgerungen, die niemand wollte. Man wollte nicht das Unternehmensrisiko auf alle Familienmitglieder ausdehnen. Die Konkursklärung hätte nämlich nicht nur gegen das Familienoberhaupt ausgesprochen werden müssen, sondern auch gegen die im Unternehmen mitarbeitenden Kinder und Ehepartner. Dies wollte man unbedingt vermeiden.

Die Rechtsprechung ist daher beinahe durchgängig zur Auffassung gelangt, dass das Familienunternehmen weiterhin ein Einzelunternehmen bleibt.²⁷ Nach außen, das heißt gegenüber Dritten, tritt nur ein Familienmitglied als Unternehmer auf. Nur dieses haftet mit dem persönlichen Eigentum für die Verbindlichkeiten des Unternehmens und geht zusammen mit dem Unternehmen in Konkurs.

Die anderen Familienmitglieder scheinen daher im Außenverhältnis nicht auf. Die Mitbestimmungsrechte sind nur gegen den Unternehmer gerichtet und haben nur interne Bedeutung. Sie werden in der Logik der konservativen Rechtsprechung notgedrungen stark herabgewürdigt, fast bis zur Bedeutungslosigkeit ausgehöhlt.²⁸ Sie können vom Familienmitglied nur gegenüber dem

27) In diesem Sinne Kass. 6559/90, Kass. 4030/92, Kass. 8959/92, Kass. 10.893/95 und Kass. 1917/99.

28) Artikel 230-bis ZGB schreibt beispielsweise fest, dass die Entscheidung über die Einstellung des Unternehmens von den mitarbeitenden Familienmitgliedern gemeinsam zu treffen sei. Dieses Mitbestimmungsrecht wurde von der Rechtsprechung so ausgelegt, dass die Familienmitglieder nur die Entscheidung treffen können, den familiären Charakter des Unternehmens aufzulösen. Da es ihnen nicht gehört, können sie nie beschließen, das Unternehmen selbst aufzulösen. Das Unternehmen gehört dem Familienoberhaupt, und gegen seinen Willen kann keine Entscheidung über dessen Auflösung getroffen werden. Die Familienmitglieder können den Unternehmer nicht zwingen, die unternehmerische Tätigkeit einzustellen. Sollten sie trotzdem eine solche Entscheidung treffen, so hätte dies nur zur Folge, dass sie aus dem Unternehmen ausscheiden. Das Unternehmen selbst lebt weiter. Auch die übrigen im Art. 230-bis ZGB aufgelisteten Mitbestimmungs- und Mitentscheidungsrechte der Familienmitglieder werden restriktiv ausgelegt.

Unternehmer eingeklagt werden. Missachtet der Unternehmer die Mitbestimmungsrechte der Familienmitglieder und trifft allein die wichtigen Unternehmensentscheidungen, in welche er laut Artikel 230-bis ZGB eigentlich die Familienmitglieder mit einbeziehen müsste, kann das Familienmitglied laut dieser Rechtsprechung nicht die Nichtigerklärung dieser Entscheidungen beantragen, sondern nur den Schaden geltend machen. Die getroffene Entscheidung bleibt als solche jedoch aufrecht. Es wird für ein Familienmitglied schwierig sein, den Schaden zu beweisen, denn der Unternehmer wird behaupten, dass die Entscheidung richtig und im Interesse des Unternehmens war. Der Unternehmer ist nämlich nur dann schadensersatzpflichtig, wenn die von ihm allein getroffene Entscheidung nicht im Interesse des Unternehmens war. Wenn nur das Familienmitglied, nicht jedoch das Unternehmen einen Schaden erlitten hat, ist kein Schadensersatz geschuldet.

Dritte haben grundsätzlich kein Klagerecht. Ein Beispiel möge diese Feststellung verdeutlichen: Eine die außerordentliche Geschäftsführung betreffende Entscheidung dürfte nur zusammen und gemeinschaftlich getroffen werden; ebenso eine Entscheidung, die die Produktionsrichtlinien betrifft. Wenn nun das Familienoberhaupt eine solche Entscheidung fällt, ohne dabei das Mitbestimmungsrecht des mitarbeitenden Familienmitgliedes zu beachten, so wie dies im Art. 230-bis ZGB vorgeschrieben ist, dann kann diese Missachtung nur vom Familienmitglied selbst eingeklagt werden, nie jedoch von einem Außentehenden oder einem persönlichen Gläubiger des Familienmitgliedes. Dies gilt selbst dann, wenn der persönliche Gläubiger durch diese Entscheidung benachteiligt worden ist. Auch das Familienmitglied kann nicht die Nichtigerklärung der Entscheidung beantragen, sondern nur eine Schadensersatzforderung stellen.

Abschließend kann festgestellt werden, dass die anfänglich noch unsichere Rechtsprechung im Laufe der Jahre entschieden auf die traditionelle Linie umgeschwenkt ist und dem Art. 230-bis ZGB viel von seiner „explosiven Neuigkeit“ genommen hat. Der neue Denkansatz des Familienunternehmens als kollektives Unternehmen ist mittlerweile fallen gelassen worden.

Einmal die Grundfrage geklärt und festgestellt, dass das Familienunternehmen weiterhin ein Einzelunternehmen bleibt und dass die einzelnen mitarbeitenden Familienmitglieder nicht nach außen auftreten und auch keine Vertretungsbefugnis für das Unternehmens haben, ergibt sich die Antwort auf die übrigen noch offenen Fragen von selbst.

Wie bereits erwähnt, haftet nach außen nur der Unternehmer selbst und nicht die Familienmitglieder. Nur der Unternehmer geht in Konkurs, und die Nicht-

einhaltung des Rechtes auf Mitbestimmung kann von den Außenstehenden nicht beanstandet werden, sondern nur vom übergangenen Familienmitglied. Die in Missachtung des Mitbestimmungsrechtes getroffene Entscheidung bleibt trotzdem aufrecht, das Familienmitglied kann nur den entstandenen Schaden einklagen.

Als letzte, deswegen aber nicht unwichtigere Schlussfolgerung ergibt sich, dass das betriebliche Eigentum nur dem Unternehmer gehört, während die Familienmitglieder nur eine Forderung auf Ablösung in Geld, nicht jedoch realrechtliche Ansprüche darauf haben.

Wiederum soll die Feststellung durch ein Beispiel verdeutlicht werden: Das in Artikel 230-bis ZGB festgeschriebene Recht auf Beteiligung an den Betriebszuwächsen räumt noch kein Recht auf Miteigentum ein, sondern gewährt lediglich eine Forderung auf die Auszahlung des entsprechenden Gegenwertes.

Das Familienunternehmen ist ein Einzelunternehmen. Die Mitarbeit des Familienmitgliedes hat nur interne Bedeutung, nach außen scheint das Familienmitglied nicht auf und es übernimmt keine Haftung. Über das Mitglied wird nicht der Konkurs verhängt. Das Recht auf Mitentscheidung wird stark eingeschränkt. Wenn der Unternehmer Entscheidungen in Missachtung dieses Rechts trifft, so kann das übergangene Familienmitglied nur den Schaden einklagen, nicht jedoch die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung.

2.10. Unterschiede zwischen Familienunternehmen und faktischer Gesellschaft

Zwischen dem von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Familienunternehmen und der faktischen Gesellschaft können folgende Unterschiede festgestellt werden:

1. Die faktische Gesellschaft hat externe Relevanz. Jeder einzelne Gesellschafter vertritt das Unternehmen nach außen (Art. 2266 ZGB) und haftet persönlich mit dem eigenen Vermögen für die Gesellschaft bis hin zur extremsten Haftung, nämlich jener des persönlichen Konkurses (Artikel 2267 ZGB). Das persönliche Vermögen ist nur durch das „*beneficium excussionis*“ des Art. 2268 ZGB vom Gesellschaftsvermögen getrennt. Es ist aber eine unsichere und nicht verlässliche Trennung, da der Gesellschafter nur verlangen kann, dass zuerst das Vermögen der Gesellschaft zur Deckung

der Forderung der Gläubiger beansprucht wird, wobei er verpflichtet ist, dem Gläubiger mitzuteilen, wo das Vermögen versteckt ist.

Das Familienunternehmen hat dagegen nur interne Relevanz. Im Gegensatz zur faktischen Gesellschaft tritt im Familienunternehmen nur eine Person nach außen als Unternehmer auf.

Die mitarbeitenden Familienmitglieder scheinen im Außenverhältnis nicht auf, sie haften auch nicht mit dem persönlichen Eigentum für das Unternehmen. Die Beteiligungsrechte, wie etwa das Recht auf Gewinnbeteiligung und Mitbestimmung, wirken nur ‚nach innen‘ gegenüber dem Unternehmer.

2. Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen Familienunternehmen und faktischer Gesellschaft besteht darin, dass das Familienunternehmen ausschließlich vom Unternehmer geführt wird. Die mitarbeitenden Familienmitglieder haben in der ordentlichen und alltäglichen Geschäftsführung kein Mitspracherecht. Letzteres beschränkt sich ausschließlich auf die außerordentliche Geschäftsführung und auf jene im Art. 230-bis ZGB genau aufgelisteten Mitspracherechte, die sich aber nur gegen den Unternehmer richten und eher theoretischer Natur sind. Sie genießen keinen wirksamen Schutz: Sollte das Familienoberhaupt nämlich das Mitspracherecht missachten, können die Familienmitglieder nur den entstandenen Schaden einklagen, nicht jedoch den Antrag auf Nichtigkeitserklärung der durch das Oberhaupt eigenmächtig getroffenen Entscheidungen.

In der faktischen Gesellschaft obliegt dagegen auch die alltägliche und ordentliche Geschäftsführung jedem einzelnen Familienmitglied. Die einfache Gesellschaft gehorcht gemäß Art. 2257 ZGB dem Prinzip der Einzelgeschäftsführung.

3. Ein dritter Unterschied zwischen faktischer Gesellschaft und Familienunternehmen besteht in der Zugehörigkeit des Betriebes oder - um einen moderneren Ausdruck zu gebrauchen - der Zugehörigkeit der Produktionsmittel. Während beim Familienunternehmen das Instrumentarium für das Betreiben des Unternehmens dem Unternehmer gehört²⁹ und die mitarbeitenden Familienmitglieder nur eine Forderung auf Ablösung in Geld, also keine realrechtlichen Miteigentumsansprüche geltend machen können.

29) Es ist in diesem Zusammenhang notwendig, die Formulierung „*das Instrumentarium oder die Produktionsmittel gehören dem Unternehmer*“ näher zu definieren. Der Unternehmer kann Eigentümer des Betriebes sein, er kann ihn aber natürlich auch nur gepachtet haben. Eigentümer kann unter Umständen ein anderes Familienmitglied sein, das dann den Betrieb oder die einzelnen Produktionsmittel an das Unternehmen verpachtet. Es ergibt sich dann folgendes Bild: Dem einen Familienmitglied gehört das Unternehmen, dem anderen der Betrieb.

nen, verhält es sich im Falle der gemeinsamen Führung des Unternehmens durch die Familienmitglieder genau umgekehrt: Die einzelnen Mitglieder sind auch Miteigentümer des Instrumentariums, und sie haben realrechtliche Ansprüche auf die einzelnen Produktionsmittel.³⁰

4. Ein vierter, wesentlicher Unterschied zwischen faktischer Gesellschaft und Familienunternehmen besteht außerdem in der Art der Verteilung der Gewinne. Während im Familienunternehmen die Gewinne nach dem Leistungsprinzip, also nach der Menge und Art der Mitarbeit verteilt werden, besteht bei der faktischen Gesellschaft die gesetzliche Vermutung, dass jeder Gesellschafter zu gleichen Teilen zur Erwirtschaftung des Gewinnes beigetragen hat (Artikel 5 TUIR und Artikel 2263 ZGB)³¹.
5. Ein letzter, wesentlicher Unterschied betrifft die Entscheidung über den Ausschluss eines Gesellschafters oder eines Familienmitgliedes. Das Familienmitglied kann vom Unternehmer eigenmächtig aus dem Unternehmen ausgeschlossen werden, ein Gesellschafter jedoch nicht: Der Gesellschafter kann lediglich durch einen mehrheitlichen Beschluss der Gesellschafterversammlung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden (Art. 2287 ZGB).³²

30) Artikel 2251 ZGB besagt: „Der Vertrag über die einfache Gesellschaft ist an keine besonderen Formen gebunden, außer an jene, die wegen der Art der eingebrachten Güter vorgeschrieben sind“. Die faktische Gesellschaft, die nach den Regeln der einfachen Gesellschaft funktioniert (Art. 2297 ZGB), bedarf keines schriftlichen Gründungsaktes, da sie frei und formlos gegründet werden kann (vgl. ex multis Kass. 1959/82). Ein Teil des Instrumentariums und der Produktionsmittel der faktischen Gesellschaft kann aber auch aus Immobilien bestehen, wie dies beim Fabrikgebäude, dem Betriebsgelände oder den Lagerhallen der Fall ist. Die Übertragung von Immobilien auf die Gesellschaft bedarf der schriftlichen Form „*ad substantiam*“ im Sinne des Art. 1350 ZGB. Die Frage, die sich stellt, ist jene, ob eine faktische Gesellschaft Rechtspersönlichkeit besitzt oder nicht und somit überhaupt Eigentümer einer Immobilie werden kann und im Grundbuch als Eigentümer aufscheinen kann oder nicht. Die vorherrschende, traditionelle Rechtsprechung verneint diese Frage, ein Teil der Rechtsprechung (vgl. Kass. 1027/1993) spricht jedoch auch der faktischen Gesellschaft jene Eigenständigkeit zu, die es ihr ermöglicht, nicht nur Prozesslegitimation zu besitzen, sondern auch eigenständiger Eigentümer von Immobilien zu werden und grundbuchsfähig zu sein. Schon Kass. 1078/1960 hat entgegen der damals noch mehrheitlichen Rechtsprechung die direkte Überschreibung einer Immobilie in das Eigentum einer faktischen Gesellschaft für möglich gehalten.

31) Wenn kein Gesellschaftsvertrag vorhanden ist und daher die Regeln der faktischen Gesellschaft anzuwenden sind, so hat die Gewinnbeteiligung mangels eines gegenteiligen Beweises zu gleichen Teilen zu erfolgen. In diesem Sinne gibt es in zivilrechtlicher Hinsicht die Bestimmung des Art. 2263 ZGB und in fiskalrechtlicher Hinsicht die gesetzliche Vermutung des Art. 5, Absatz 2 TUIR („*Le quote di partecipazione agli utili si presumono uguali se non risultano determinate diversamente...*“). Diese Vermutung ist ausdrücklich auch auf die faktische Gesellschaft auszu-dehnen (s. Art. 5, Absatz 3 Buchstabe b TUIR).

32) Vgl. Kass. 8959/92.

| | |
|--|---|
| a) Die faktische Gesellschaft hat externe Bedeutung. Die faktischen Gesellschafter haften zusammen mit dem Unternehmen und gehen zusammen mit diesem in Konkurs. | a) Das Familienunternehmen hat nur interne Bedeutung. Die mitarbeitenden Familienmitglieder treten nicht nach außen auf, sie haften nicht mit dem Unternehmen. |
| b) Die faktische Gesellschaft wird von allen Gesellschaftern einzeln geführt und nach außen vertreten. | b) Das Familienunternehmen wird nur vom Unternehmer geführt. Die Familienmitglieder haben theoretische Mitbestimmungsrechte. |
| c) Die Produktionsmittel gehören allen Gesellschaftern. Diese haben realrechtliche Ansprüche. | c) Die Produktionsmittel gehören in der Regel dem Unternehmer. Die Familienmitglieder haben nur Forderungsrechte. |
| d) Die Gewinne und Verluste werden zu gleichen Teilen aufgeteilt. | d) Das Familienmitglied trägt keine Verluste. Gewinne werden nach Art und Menge der Mitarbeit ermittelt. |
| e) Der Ausschluss eines Gesellschafters wird durch einen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung getroffen. | e) Der Ausschluss des Familienmitgliedes wird vom Unternehmer eigenmächtig vorgenommen. |

2.11. Das in Form einer Gesellschaft organisierte Familienunternehmen

Kann das Familienunternehmen auch in Form einer Gesellschaft bestehen?

a) Die Meinung der Rechtslehre

Die Feststellung, dass das Familienunternehmen ein Einzelunternehmen ist, hat die mehrheitliche Rechtslehre zum Schluss veranlasst, dass Artikel 230-bis ZGB nur dann anwendbar sei, wenn die Mitarbeit des Familienmitgliedes in einem Einzelunternehmen erfolgt, nicht jedoch in einem Unternehmen, das in Gesellschaftsform organisiert ist. Um nicht ganz schutzlos dazustehen, müsste das mitarbeitende Familienmitglied in solchen Fällen entweder ein untergeordnetes Arbeitsverhältnis oder den Status als Gesellschafter einklagen. Nur ein kleiner Teil der Rechtslehre hält es für möglich, dem Familienmitglied den Mindestschutz des Artikels 230-bis ZGB auch dann zukommen zu lassen, wenn dessen Mitarbeit in einer Gesellschaft erfolgt.

b) Die Meinung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung befasst sich erst seit kurzer Zeit mit der Thematik und

ist daher noch nicht zu einer einheitlichen Auffassung gelangt.³³ Das Argument, das in der Regel von der Rechtsprechung angeführt wird, um die Anwendung des Artikel 230-bis ZGB bei Mitarbeit in einer Gesellschaft auszuschließen, ist eher formalrechtlicher Natur. Da die Mitarbeit nicht mehr zu Gunsten eines zur Familie gehörenden Unternehmers erfolge, sondern zu Gunsten einer Gesellschaft, und da man nur zu physischen Personen, nicht jedoch zu einer Gesellschaft verwandt sein könne, sei eine Mitarbeit in einer Gesellschaft im Sinne des Art. 230-bis ZGB nicht möglich. Die Anwendung der Schutzbestimmung setze nämlich ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen physischen Personen voraus.

Das gegenteilige Argument, das von jenen angeführt wird, die Artikel 230-bis ZGB auch auf die Mitarbeit in einer Gesellschaft anwendbar finden, ist eher substantieller Natur. Dem Art. 230-bis ZGB gehe es in erster Linie darum, ein mitarbeitendes Familienmitglied zu schützen, und daher sei es zweitrangig, ob das Unternehmen, in welchem die Mitarbeit erfolgt, ein Einzelunternehmen oder eine Gesellschaft ist. Der in der gesetzlichen Bestimmung vorgesehene Schutz komme laut dieser Rechtsprechung bei jeder Form von Mitarbeit zum Tragen, wenn diese zugunsten eines eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübenden Familienangehörigen erbracht wird. Es sei nicht relevant, ob diese wirtschaftliche Tätigkeit in Form eines Einzelunternehmens oder in Form einer Gesellschaft ausgeübt wird. Natürlich können die Teilhaberansprüche nur auf die dem Gesellschafter gehörende Quote angemeldet werden.³⁴ Artikel 230-bis ZGB

-
- 33) Vgl. Kass. 13.861/00: Die Ehefrau arbeitete in der zwischen Ehemann und Schwager (Bruder des Ehemannes) bestehenden faktischen Gesellschaft mit und verlangte am Ende die Ablösung ihrer Teilhaberrechte in Geld. Das Kassationsgericht hielt die Anwendung des Mindestschutzes des Art. 230-bis ZGB zugunsten der Ehefrau für möglich, obwohl das Unternehmen in kollektiver Gesellschaftsform und nicht als Einzelunternehmen organisiert war. Vgl. Kass. 11.881/2003: Die Ehefrau arbeitete in der Personengesellschaft (OHG) des Ehegatten mit. Das OLG Turin wandte zugunsten der Ehefrau den Schutz des Art. 230-bis ZGB an und sprach ihr die wirtschaftlichen Teilhaberrechte zu. Das Kassationsgericht hob das Urteil auf, da das im Art. 230-bis ZGB festgelegte Modell des Familienunternehmens nur ein Einzelunternehmen sein könne und nicht eine Gesellschaft. Vgl. Kass. 19.116/2004: Die Ehefrau arbeitete in der zwischen Ehemann und Schwager (Bruder des Ehemannes) bestehenden faktischen Gesellschaft mit. Die Gesellschaft betrieb einen ambulanten Handel. Das OLG Genua wandte zugunsten der Ehefrau die Schutzregelung des Art. 230-bis ZGB an und sprach ihr die wirtschaftlichen Teilhaberrechte zu. Das Kassationsgericht hielt dies für möglich.
- 34) Beispiel: Zwei Personen beteiligen sich zu je 50% an einer Personengesellschaft. Die Ehefrau eines der beiden Gesellschafter arbeitet mit. Sie kann die wirtschaftlichen Teilhaberrechte (Gewinnbeteiligung usw.) auf die Quote des Ehegatten von 50% anmelden und zwar im Ausmaß der von ihr eingebrachten Arbeitsleistung. Auch das Mitspracherecht in der Gestaltung des Unternehmens, das rein interne Relevanz zwischen ihr und dem Ehegatten hat, kann lediglich begrenzt auf die Quote von 50% behauptet werden.

wäre dann folgendermaßen zu lesen: Immer dann, wenn das Familienmitglied sich an der wirtschaftlichen Tätigkeit des anderen Familienmitgliedes durch ständige Arbeitsleistung beteiligt, kann es sich auf den Schutz des Art. 230-bis ZGB berufen. Wird die wirtschaftliche Tätigkeit in Form einer Gesellschaft ausgeführt, beteiligt sich das Familienmitglied an der vom anderen Familienmitglied besessenen Quote.

Diese letztere Rechtsprechung, welche die Ausdehnung des Schutzes des Artikels 230-bis ZGB auf die Mitarbeit in einer Gesellschaft für möglich hält, verdient Anerkennung.

Man denke nur an den Fall eines zwischen Ehemann und Ehefrau gemeinsam geführten Unternehmens, etwa eines ehelichen Hotelbetriebes, das nach den Regeln der faktischen Gesellschaft läuft und in welchem die Kinder mitarbeiten. Würde man der mehrheitlichen Rechtslehre und der rigorosen Rechtsprechung folgen, könnten die Kinder die Schutzbestimmung des Artikel 230-bis ZGB nicht in Anspruch nehmen, da eine rechtlich geschützte Mitarbeit in einer Gesellschaft, wenn auch nur faktische Gesellschaft, nicht möglich wäre. Wollten die Kinder nicht ganz schutzlos dastehen, müssten sie entweder ein Arbeitsverhältnis einklagen oder behaupten, ebenso als faktische Gesellschafter an der Führung teilgenommen zu haben. Es wäre auch nicht auszuschließen, dass dabei wieder auf die alte und mittlerweile aus der Rechtsordnung verbannte Vermutung der Unentgeltlichkeit ihrer Arbeit in der Familie zurückgegriffen wird. Die Kinder würden dagegen den rechtlichen Schutz des Artikels 230-bis ZGB voll beanspruchen können, wenn der Hotelbetrieb als Einzelunternehmen des Vaters oder der Mutter geführt würde.

Die rigorose Rechtsprechung erlaubt es dem Unternehmer mit den Schutzbestimmungen „zu spielen“ und diese zu umgehen, indem er die Rechtsform seines Unternehmens so wählt, dass sich die Familienmitglieder nicht auf den Schutz des Artikel 230-bis ZGB berufen können.

Wenn man jedoch derjenigen Rechtsprechung folgt, die den zielgerichteten Schutz der Mitarbeitenden in den Vordergrund stellt, so könnten die Kinder ohne Bedenken ihre Teilhaberrechte gemäß der Quantität und Qualität der von ihnen erbrachten Arbeitsleistung einfordern, unabhängig von der Rechtsform (Gesellschaft oder nicht), in der das Unternehmen konstituiert ist. Diese Rechtsprechung erlaubt es dem Unternehmer nicht mehr, mit der Schutzbestimmung des Artikels 230-bis ZGB „zu spielen“, d.h. die Schutzbestimmung durch die Gründung einer Gesellschaft zu umgehen.

Die Rechtsprechung ist sich nicht einig, ob sich das mitarbeitende Familienmitglied auch auf die Schutzbestimmung des Artikel 230-bis ZGB berufen kann, wenn das Unternehmen eine Gesellschaft ist.

Oft kommt es vor, dass ein Familienmitglied vertraglich mit einer minimalen Quote von 1% oder einigen wenigen Prozenten an der Gesellschaft des anderen Familienmitgliedes beteiligt ist, dass es sich aber mit größtem Einsatz in das Unternehmen einbringt und ein wichtiger Mitarbeiter im Unternehmen ist, dessen Leistung eine höhere Anerkennung verdienen würde.

In solchen Fällen kann das Familienmitglied ohne weiteres den Nachweis erbringen, dass die minimale prozentuelle Beteiligung nicht der wirklich eingebrachten Arbeitsleistung entspricht und eigentlich nur eine „fiktive“ Beteiligung darstellt. Das Gericht wird dann die Quantität und Qualität der Mitarbeit nach der effektiv eingebrachten Arbeitsleistung festlegen, wobei es sich nicht an die beweisrechtlichen Schranken, die für den Nachweis der Scheingeschäfte gelten, zu halten hat.³⁵

2.12. Die Charakteristik der Mitarbeit im Familienunternehmen

Um in den Schutz des Artikel 230-bis ZGB zu gelangen, darf die Mitarbeit des Familienmitgliedes nicht nur gelegentlich und sporadisch erfolgen. Allerdings ist es nicht notwendig, dass sie vollzeitig und ausschließlich für das Familienunternehmen erfolgt. Die gesetzliche Bestimmung spricht von „fortdauerndem“ im Sinne von „ständigem“ Einsatz der Arbeitskraft in der Familie oder im Familienunternehmen. Die Mitarbeit muss daher kontinuierlich und konstant sein, wobei eine tägliche Anwesenheit im Betrieb nicht notwendig ist. Kontinuierlich und konstant muss nämlich nur die Arbeitsleistung sein, nicht jedoch die Prä-

35) Um die strengen Regeln und die hohen Nebenkosten des abhängigen Lohnverhältnisses zu umgehen, werden die Beschäftigten oft mit einem minimalen Prozentsatz am Unternehmen beteiligt. Sie werden zu Gesellschaftern mit einer kleinen Beteiligungsquote. Als Gesellschafter genießen sie dann nicht den klassischen Arbeitnehmerschutz. Sie ziehen daher vor Gericht und klagen ihre Rechte ein, indem sie die Beteiligung an der Gesellschaft nur als ein Scheingeschäft darstellen. Es obliegt dann dem Gericht festzustellen, wie das Rechtsverhältnis gelebt wurde, ob die Merkmale des untergeordneten Arbeitsverhältnisses oder jene des Gesellschafters vorherrschend waren. Eine ähnliche Klage kann auch das Familienmitglied einreichen und feststellen lassen, dass die Beteiligung an der Gesellschaft nur vorgetäuscht war, dass in Wirklichkeit aber ein untergeordnetes Arbeitsverhältnis oder eine Mitarbeit im Sinne des Artikel 230-bis ZGB vorgelegen hat. Was den Prozess betrifft, gilt es festzuhalten, dass der Beweis des Scheingeschäftes rigorosen Beweisregeln unterliegen würde (vgl. Art. 1417 ZGB). Das Arbeitsgericht kann diese Beweisregeln jedoch unter Anrufung des Artikel 421, 2. Absatz ZPO umgehen, da im Arbeitsprozess jedes Beweismittel ohne Beachtung der zivilrechtlichen Beweisschranken zugelassen werden kann. Dies deshalb, weil es dem Gesetzgeber ein Anliegen ist, die materielle Wahrheit herauszufinden, die nicht an künstliche Beweisschranken des Prozessrechts gebunden sein kann.

senz im Betrieb³⁶. Daher ist es für die Zwecke des Familienunternehmens auch möglich, dass das Familienmitglied nur teilzeitig, d.h. „*parttime*“, arbeitet. Da die Mitarbeit des Art. 230-bis ZGB eine Form der freien Mitarbeit gemäß Art. 409 Nr. 3 ZPO ist, darf sie auch nicht weisungsgebunden sein, ansonsten ist sie als ein untergeordnetes Arbeitsverhältnis zu bewerten. Die Mitarbeit des Familienmitgliedes ist jedoch mit der im Unternehmen anfallenden Arbeit zu koordinieren. Die Feststellung der Grenze zwischen „Koordination“ (Mitarbeit) und „Weisung“ (Unterordnung) stellt eine Gratwanderung dar und gibt häufig Anlass zu Streitigkeiten.

Wie schon weiter oben ausgeführt, verlangt die zivilrechtliche Bestimmung des Artikel 230-bis ZGB nur, dass die Mitarbeit „fortdauernd“ sein muss.

Die Steuergesetzgebung ist dagegen strenger:

Um in den Genuss der steuerrechtlichen Begünstigungen zu gelangen, darf die Mitarbeit nicht nur „fortdauernd“ sein, sie muss auch „vorwiegend“ im Sinne von „mehrheitlich“ im Familienunternehmen erbracht werden. Daher ist für die Inanspruchnahme der steuerlichen Begünstigung der „Gewinnaufteilung bzw. -splittung“ eine teilzeitige Mitarbeit in Form von „Parttime“ unter Umständen nicht genug.

Die Mitarbeit muss zugunsten einer unternehmerischen Tätigkeit erbracht werden. Es genügt daher nicht, wenn die Mitarbeit nur in der Verwaltung von Beteiligungen an Gesellschaften besteht. Laut Rechtsprechung ist die reine Verwaltung von Gesellschaftsbeteiligungen noch keine wirtschaftliche Unternehmertätigkeit, und das in der Verwaltung mitarbeitende Familienmitglied kann die Schutzbestimmung des Artikels 230-bis ZGB nicht in Anspruch nehmen.³⁷

Was die Mitarbeit bei dem einen geistigen Beruf ausübenden Ehepartner betrifft, sei auf das Kapitel 3.4. mit der Überschrift „Mitarbeit bei geistigen Berufen“ verwiesen. Es stellt sich nämlich die Frage, ob geistige Berufe zu den unternehmerischen Tätigkeiten zählen oder nicht. Wenn ja, so kann beispielsweise die beim Architekten, Wirtschaftsberater oder Arzt mitarbeitende Ehefrau den Mindestschutz des Artikel 230-bis ZGB in Anspruch nehmen.

Laut Rechtslehre muss das Familienunternehmen nicht unbedingt klein strukturiert sein, es kann auch große Dimensionen mit vielen Beschäftigten annehmen. Diese Behauptung ist nicht unbedingt aus dem Wortlaut des 230-bis ZGB (dritter Absatz) herauszulesen, gemäß welchem als Familienunternehmen nur

36) Vgl. Kass. 13849/02.

37) Vgl. Kass. 8991/02.

jenes gilt, in welchem der Ehepartner, die Verwandten bis zum dritten Grad und die Verschwägerten bis zum zweiten Grad zusammenarbeiten³⁸. Der Wortlaut scheint so auszulegen zu sein, dass das Familienunternehmen nur klein strukturiert sein darf und dass die Familienangehörigen auf jeden Fall zahlenmäßig gegenüber den übrigen Beschäftigten überwiegen müssen. Die Rechtsprechung hat sich zu diesem Problem bislang noch nicht geäußert.

Die Mitarbeit kann jede Form annehmen: sie kann körperlicher, wie auch rein intellektueller Natur sein. Sie kann auch jeden betrieblichen Aufgabenbereich, wie leitende Funktionen, umfassen. In diesem letzten Fall ist jedoch zu prüfen, ob der Familienangehörige nicht doch den Betrieb mitführt und somit als Mitunternehmer zu betrachten ist. Eine wenn auch in leitender Stellung erfolgende Mitarbeit ist nämlich nicht leicht von einer mitverantwortlichen, gemeinsamen Führung zu unterscheiden.

Es muss nicht eigens betont werden, dass das Zusammenleben der Familienangehörigen nicht erforderlich ist, um die zivilrechtlich geschützte Mitarbeit des Art. 230-bis ZGB in Anspruch nehmen zu können.³⁹

Die Mitarbeit muss ständig erfolgen, die tägliche Anwesenheit im Betrieb ist jedoch nicht erforderlich.
In zivilrechtlicher Hinsicht ist eine teilzeitige Mitarbeit möglich, die jedoch unter Umständen nicht genügt, wenn man auch die steuerrechtlichen Vorteile der Aufteilung der Gewinne beanspruchen will.
Die Mitarbeit muss zu Gunsten einer unternehmerischen Tätigkeit erbracht werden.
Fraglich ist, ob das Familienunternehmen klein strukturiert sein muss.

38) Der zweite Teil des 3. Absatzes des Art. 230-bis ZGB lautet: „... als Familienunternehmen gilt jenes, in welchem der Ehegatte, Verwandte bis zum 3. Grad und Verschwägerte bis zum 2. Grad zusammenarbeiten...“.

38) Vgl. das Kapitel: „Der *more uxorio* zusammenlebende Ehepartner“.

3

Die Arbeit des Ehepartners

3.1 Hausarbeit und Hausangestelltenarbeit

3.2 Die Vermutung der Unentgeltlichkeit der Hausarbeit

3.3 Die Vermutung der Unentgeltlichkeit der Arbeit und die Beanspruchung von Sozialleistungen

3.4 Mitarbeit bei geistigen Berufen

3.5 Eheliches Unternehmen und ehelicher Betrieb. Unterschiede

3.6 Eheliches Unternehmen und ehelicher Betrieb in Gütergemeinschaft

3.7 Beispiele

3.8 Zusammenfassung: das Unternehmen des Ehepartners in Gütergemeinschaft

3.9 Die „*comunione de residuo*“ und das Familienunternehmen

3.10 Eheliches Unternehmen und ehelicher Betrieb in Gütertrennung

3.11 Die „*more uxorio*“ zusammenlebenden Partner

3.1. Hausarbeit und Hausangestelltenarbeit

Zuerst ist eine begriffliche Klarstellung zu treffen.

Die Hausarbeit, zu übersetzen mit „*lavoro casalingo*“, ist nicht mit der Hausangestelltenarbeit, dem „*lavoro domestico*“, zu verwechseln.

Als Hausarbeit kann jene Arbeit bezeichnet werden, die von Familienangehörigen im Haushalt erbracht wird, in welchem sie leben. Die Hausarbeit kann „ausgelagert“ werden, indem man nicht zur Familie gehörende Drittpersonen einstellt. Es werden dann abhängige Arbeitsverhältnisse mit Hausangestellten eingegangen, die unter den Begriff „*lavoro domestico*“ fallen und im Artikel 2240 ZGB sowie in Sondergesetzen geregelt sind.⁴⁰

40) Die Arbeit von Hausangestellten ist also jene Arbeit, die von nicht verwandten Drittpersonen im privaten Familienhaushalt im Angestelltenverhältnis geleistet wird. Es ist dies ein untergeordnetes Arbeitsverhältnis mit einigen gesetzlichen Besonderheiten, gekennzeichnet durch den Ort der Arbeitsleistung (innerhalb eines privaten Familienhaushaltes und nicht in einer Fabrik oder dergleichen) und durch eine besondere intime Vertrauensbindung zum Arbeitgeber (man denke an den Aufgabenbereich des Kindermädchens). Dabei zeichnet sich das Arbeitsverhältnis der Hausangestellten generell durch den verminderten Rechtsschutz aus, der ihnen zuteil wird. Von den großen sozialen Errungenschaften der Nachkriegszeit sind sie vielfach ausgenommen:

1) Aufgrund der besonderen Vertrauensbindung („*affectio familiae*“) zum Arbeitgeber genießen sie keinen Entlassungsschutz (Art. 4 Gesetz 108/1990). Das Arbeitsverhältnis ist im Sinne der Artikel 2118 und 2119 ZGB frei aufkündbar. Es sind nur die im Art. 16 Gesetz 339/58 angeführten Kündigungsfristen einzuhalten.

2) Die Hausangestellten haben auch keine gesetzlich geregelte Arbeitszeit, insbesondere können sie sich auf keine maximale Höchstarbeitszeit berufen. Laut Art. 17, Absatz 5 des Gesetzes Nr. 66/2003 (Umsetzung einiger EU Richtlinien zur einheitlichen Regelung der Arbeitszeiten) sind hinsichtlich Arbeitszeit und Ruhepausen nur einige wenige Berufsgruppen von jeglicher eingrenzenden Regelung ausgenommen. Dazu gehören die leitenden Angestellten, Priester und Arbeiter in religiösen Gemeinschaften, Heimarbeiter (sog. „*lavoratore a domicilio*“), Telearbeiter und auch die Hausangestellten, die im Gesetz als „*manodopera familiare*“ bezeichnet werden. Sie unterliegen keiner normalen Arbeitszeitregelung, sie haben keine Höchstarbeitszeitregelung, keine Überstundenregelung, keine täglichen Ruhezeit- und Ruhepauseregulation. Sie besitzen nur ein gesetzlich festgeschriebenes Recht auf die wöchentliche Ruhepause und die Jahresferien (Art. 2243 ZGB), sowie auf den generellen Gesundheitsschutz des Arbeiters am Arbeitsplatz. Während diese Form von „Schutzlosigkeit“ bei den leitenden Angestellten und den anderen eben aufgezählten Berufsgruppen (Priestern, Heimarbeitern, Telearbeitern) erklärbar ist, ist sie bei den Hausangestellten weniger verständlich und eigentlich unerklärlich. Der einzige Schutz, auf den sie sich hinsichtlich Arbeitszeit berufen können, ist jener kollektivvertragliche, in dessen Rahmen man unterscheidet, ob der Hausangestellte mit der von ihm betreuten Familie zusammenlebt oder nicht. Im ersten Fall beträgt die wöchentliche Arbeitszeit laut Kollektivvertrag immer noch 54 Stunden, im zweiten Fall 44 Stunden.

Erwähnt sei überdies, dass die Hausangestellten während Krankheit und Schwangerschaft ebenfalls nur beschränkten Schutz genießen. Das Gesetz verbietet es nicht, eine schwangere Hausangestellte zu entlassen. Die beiden wichtigsten Gesetze zum Schutze der schwangeren Frau (Gesetz 1204/71 und Gesetz 151/2001) sind nur beschränkt auf die Hausangestellten anwendbar. Art. 1, Absatz 3 Gesetz 1204/71 und Art. 62 Gesetz 151/2001 schreiben genau fest,

Diese Abhandlung beschäftigt sich nur mit der Hausarbeit, also mit der Arbeit, die in der Regel als „Hausfrauenarbeit“ bezeichnet wird, da Artikel 230-bis ZGB nur auf diese Bezug nimmt.

3.2. Die Vermutung der Unentgeltlichkeit der Hausarbeit

Wie bereits mehrfach angedeutet, war bis zur Reform des Familienrechts im Jahr 1975 in der Rechtsprechung – gedeckt durch die damalige Volksmeinung - die relative Vermutung „*iuris tantum*“ vorherrschend, dass die Arbeit in der Familie „gratis“ und unentgeltlich erbracht würde. Zwischen den gefühlsmäßig verbundenen Familienmitgliedern war das Thema Entgelt für die geleistete Arbeit ein Tabu. Getroffen hat diese Vermutung der Unentgeltlichkeit in erster Linie die Frau, aber auch die schon im leistungsfähigen Alter stehenden Kinder, deren Arbeit nicht honoriert wurde und die letztendlich als Personen nicht gleichberechtigt betrachtet wurden.

Mit der Reform von 1975 wurde dieser Vermutung, die auch eine kulturelle ist, der Kampf angesagt.

Die Arbeit der Frau, aber auch jene der Kinder, ist nunmehr als gleichberechtigt zu jener des Mannes zu betrachten, und sie erfolgt in der Regel gegen Entgelt.

Arbeit gegen Entgelt ist mittlerweile auch innerhalb der Familie der Normalfall, und dies wurde letzthin auch von der Rechtsprechung anerkannt und betont⁴¹.

Diese Feststellung bedarf aber einer Klärung.

Die reine Hausarbeit der Ehefrau im privaten Haushalt, die unabhängig und bei Nichtvorhandensein eines Familienunternehmens erbracht wird, ist hiermit

welche Klauseln zum Schutze der schwangeren Frau auch auf die schwangere Hausangestellte ausgedehnt werden und welche nicht. So hat die schwangere Hausangestellte den obligatorischen Schwangerschaftsurlaub einzuhalten, sie genießt auch sanitäre Unterstützung, kann jedoch jederzeit während der Schwangerschaft entlassen werden. Der Schutz der schwangeren Frau findet nur auf kollektivvertraglicher und auf gerichtlicher Ebene statt. So ist im Kollektivvertrag ein Entlassungsverbot während der Schwangerschaft festgeschrieben. Auch hat der Kassationsgerichtshof im Urteil Nr. 6199/98 unter Zuhilfenahme des Art. 2110 ZGB ein Entlassungsverbot ausgemacht, das mangels fehlender Eckdaten vom Richter selbst ausgestaltet werden muss.

41) Vgl. Kass. 20157/05: *“le prestazioni svolte nell’impresa gestita dal coniuge, da un parente entro il terzo grado o da un affine entro il secondo, danno luogo ‘normalmente’ a un rapporto di lavoro subordinato o di partecipazione a impresa familiare, poiché l’introduzione di quest’ultimo istituto ha avuto l’effetto di confinare in un’area ben più limitata il lavoro familiare gratuito”*.

nicht gemeint. Wenn sie für die Familie erbracht wird, bleibt sie nach wie vor unentgeltlich. Im Sinne der Artikel 143 und 147 ZGB wird Hausarbeit als eine Form der Erfüllung der ehelichen Pflicht angesehen. Es gehört nämlich zu den ehelichen und elterlichen Pflichten, dass jeder seinen geistigen und materiellen Beitrag zur Deckung der Bedürfnisse der Familie und zur Erziehung der Kinder leistet. Die Hausarbeit erhält aber ein anderes Gewicht, wenn sie in Zusammenhang mit einem Familienunternehmen erbracht wird, wenn in einer Art Aufgabenteilung die Ehefrau die Haus- und Erziehungsarbeit übernimmt, dem Ehemann sozusagen den „Rücken freihält“, damit sich dieser ganz auf seine unternehmerische Tätigkeit im Unternehmen konzentrieren kann.

Wie aus dem Wortlaut des Art. 230-bis ZGB hervorgeht („...*der Familienangehörige, der seine Arbeitskraft fortdauernd für die Familie oder im Familienunternehmen einsetzt, [hat] Recht auf Unterhalt gemäß der Vermögenslage der Familie und ist am Gewinn...beteiligt...*“), scheint in diesem Fall der Einsatz der Arbeitskraft für die Familie, also im Haushalt, dem Einsatz der Arbeitskraft im Familienunternehmen gleichgestellt zu sein.

Die Frage, die sich spontan stellte und die auch die Rechtsprechung mehrere Jahre hindurch beschäftigte, war jene, ob in diesem Fall die Ehefrau Anspruch auf Gewinnbeteiligung und Beteiligung an den Zuwächsen des Unternehmens hat, mithin ob sie die Teilhaberrechte des Art. 230-bis ZGB beanspruchen kann. Schließlich nimmt die Ehefrau dem Ehegatten einen Teil seiner Erziehungsaufgabe ab, sie versorgt ihn emotional und materiell.

Der fortschrittlichere Teil der Rechtsprechung⁴² schien mit einem „Ja“ zu antworten und sprach der Ehefrau ein Beteiligungsrecht am Unternehmen des Ehemannes zu, auch wenn sie nicht in diesem arbeitete.

Der konservativere Teil der Rechtsprechung vertrat aber die entgegen gesetzte Meinung⁴³: Die Erfüllung der ehelichen Pflichten allein genüge nicht, um der Ehefrau ein Beteiligungsrecht am Unternehmen des Ehemannes einzuräumen. Um die Beteiligungsrechte wahrnehmen zu können, müsse die Ehefrau einen Beitrag im Unternehmen leisten, der direkt dem Unternehmen zugute komme und über die reine Hausarbeit hinausgehe. Der Widerspruch innerhalb der Arbeitssektion des Kassationsgerichtshofes wurde durch die Vereinigten Abteilungen des Kassationsgerichtshofes ausgeräumt. Der Gerichtshof stellte sich

42) Vgl. Kass. 5741/91. Es wird ein Auszug aus dem Lehrsatz des Urteils wiedergegeben: *“la configurabilità di un'impresa familiare ...non può essere esclusa per il fatto che l'attività di lavoro continuamente svolta dal coniuge sia stata diretta a soddisfare le esigenze domestiche e personali della famiglia, avendo tale attività rilievo come adempimento di obbligazioni attinenti all'impresa in una sorta di divisione del lavoro o distribuzione dei compiti, o per il fatto che la stessa attività, utile sia pure mediatamente ai fini dell'impresa coincida con quella oggetto di uno degli obblighi o dei doveri di cui agli artt. 143 e 147 CC...”*

im bekannten Urteil Nr. 89/95 auf die Seite jener, die mit einem konservativen „Nein“ geantwortet hatten. Die Ablehnung wurde damit begründet, dass die ausschließliche Arbeit in der Familie als Hausfrau die Erfüllung der ehelichen Pflichten im Sinne der Artikel 143 und 147 ZGB darstelle und daher noch keinen Anspruch auf die Beteiligungsrechte im Unternehmen begründe. Nur wenn die Ehefrau in irgendeiner Form einen Beitrag leiste, der auch klein sein könne, der aber dem Unternehmen zugute kommt, könne sie ihre Beteiligungsrechte wahrnehmen. Dabei führten die Vereinigten Abteilungen zwei konkrete Beispiele an. Das erste Beispiel war auf einen bäuerlichen Betrieb bezogen. Um die Teilhaberrechte in Anspruch nehmen zu können, würde schon ausreichen, wenn die Bäuerin zum Beispiel ständig – nicht nur für kurze Zeit oder gelegentlich - für nicht zur Familie gehörende Arbeiter kochen würde oder wenn sie nur ganz nebenbei Geflügel züchte.

Das zweite Beispiel war auf einen nicht bäuerlichen Betrieb bezogen. Es würde genügen, dass die Ehefrau sich mit kleineren Sekretärsarbeiten beschäftigen würde, die Bankgänge erledige oder Telefonkontakte mit den Kunden halte.

Dieses mittlerweile schon mehr als 10 Jahre alte Urteil der Vereinigten Abteilungen hat sich in groben Zügen bis heute gehalten. Ausgehend davon, dass die reine Hausarbeit noch nicht genügt, um am Gewinn des Unternehmens des Ehepartners teilhaben zu können, wurde in den letzten Jahren durch den Kassationsgerichtshof immer wieder betont⁴⁴, dass die im Haushalt tätige Ehepartnerin, welche die Teilhaberrechte des Familienunternehmens beansprucht, den Nachweis erbringen muss, dass sie (a) fortdauernd, also kontinuierlich und nicht nur gelegentlich oder zeitweise⁴⁵, wenn auch nicht vollzeitig, im Betrieb

43) Vgl. Kass. 9025/91.

44) Vgl. Kass. 27839/05, Kass. 5781/99 und Kass. 5603/02. In all diesen Urteilen wird immer folgender gleichbleibender Lehrsatz wiedergegeben: „...*ai sensi dell'art. 230-bis CC, lo svolgimento da parte del coniuge del titolare di impresa familiare del lavoro casalingo non è sufficiente, di per sé, a giustificare la partecipazione del coniuge stesso all'impresa familiare, in quanto ai fini del riconoscimento dell'istituto -residuale- della impresa familiare è necessario che concorrano due condizioni, e cioè, che sia fornita la prova sia dello svolgimento, da parte del partecipante, di una attività di lavoro continuativa (nel senso di attività non saltuaria, ma regolare e costante anche se non necessariamente a tempo pieno), sia dell'accrescimento della produttività dell'impresa procurato dal lavoro del partecipante (necessaria per determinare la quota di partecipazione agli utili e a gli incrementi)...*“.

45) In diesem Zusammenhang sei auf das Urteil Nr. 314/06 des Arbeitsgerichtes Bozen verwiesen, in welchem es galt, die Mitarbeit der Ehefrau während der Obsternte zu bewerten. Während der ungefähr 40 Tage dauernden Erntezeit kochte die Ehefrau für die Erntehelfer. Dazu hat das Gericht folgende Feststellung getroffen: „*Um den Begriff ‚fortdauernde‘ oder ‚ständige‘ Mitarbeit zu konkretisieren und dingfest machen zu können, kann - über den Daumen gepeilt - ohne weiteres behauptet werden, dass eine teilzeitige Arbeit (sog. ‚Parttime‘) ohne weiteres noch Anspruch auf die Beteiligungsrechte gibt, dass aber ein auf ein bis zwei Monate im Jahr beschränktes Aushelfen während der Hochsaison nicht ausreicht, um Ansprüche aus dem Artikel 230-bis ZGB erheben zu können...*“.

des Ehegatten arbeitet und dass sie (b) einen Beitrag zur Erwirtschaftung des Gewinnes und der Produktivitätssteigerung leiste, der es ermöglicht, eben diesen Beitrag quantitativ (Menge der Mitarbeit) und qualitativ (Art der Mitarbeit) zu bewerten.

Wie gesagt, hat sich diese Rechtsprechung „in groben Zügen“ bis heute gehalten. Trotzdem gibt es auch andere Urteile, die die von den Vereinigten Abteilungen vorgegebene Richtlinie zwar formal, allerdings nicht inhaltlich respektieren und die Auffassung vertreten, dass bei einer klar vereinbarten Aufgabenteilung zwischen den Ehepartnern, in welcher dem Ehemann jede Art von Hausarbeit abgenommen wird, der Ehefrau als Gegenleistung die Teilhaberrechte am Unternehmen zustehen würden. Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Teilhaberrechte wäre somit nicht die direkte Mitarbeit im Unternehmen selbst, sondern einzig und allein, dass die Ehefrau durch ihre Hausarbeit einen indirekten Beitrag zur Produktivitätssteigerung des Unternehmens leiste.⁴⁶

Zusammenfassend kann folglich festgehalten werden, dass bis auf die Ausnahme der Hausarbeit, die als Erfüllung der ehelichen Aufgaben betrachtet wird, die Vermutung der Unentgeltlichkeit der Arbeit im Rahmen der Familie nicht mehr gilt.

Die reine Hausarbeit, nicht zu verwechseln mit der Hausangestelltenarbeit, gilt in der vorherrschenden Rechtsprechung als Erfüllung der ehelichen Pflicht im Sinne des Art. 147 ZGB und unterliegt weiterhin der Vermutung der Unentgeltlichkeit.

Die Teilhaberrechte des Artikel 230-bis ZGB können erst dann angemeldet werden, wenn im Unternehmen kontinuierlich mitgearbeitet und dadurch ein Beitrag zur Produktivitätssteigerung geleistet wird.

Eine Minderheitenmeinung der Rechtsprechung vertritt dagegen die Auffassung, dass schon die reine Hausarbeit den Anspruch auf die Teilhaberrechte rechtfertigt, wenn es dem Ehemann durch eine klare Aufgabenteilung zwischen den Ehepartnern ermöglicht wird, sich ganz auf seine unternehmerische Tätigkeit zu konzentrieren, da ihm die Ehefrau seine familiären Pflichten abnimmt.

46) In diesem Sinne Kass. 1525/97. Dieses Urteil scheint die reine Hausarbeit wieder aufwerten zu wollen und ihr einen höheren Stellenwert einzuräumen, vor allem das Recht auf Beteiligung am Gewinn, unter der Voraussetzung, dass bei den Ehepartnern ein eindeutiger Wille festgestellt werden kann, der auf eine präzise Aufgabenteilung hinweist. Das Urteil steht im Widerspruch zum Urteil Nr. 89/95 der Vereinigten Abteilungen des Kassationsgerichtshofes. Während dort noch festgehalten worden war, dass die reine Hausarbeit „*intra moenia*“ eine Erfüllung der ehelichen Pflicht darstelle und nicht genüge, um die Teilhaberrechte geltend machen zu können, öffnet dieses Urteil der reinen Hausarbeit wieder das Tor zur Beteiligung an den Gewinnen des Unternehmens des Ehegatten. Die Produktivität des Unternehmens kann nämlich auch indirekt durch die reine Hausarbeit gesteigert werden und zwar immer dann, wenn es die Ehefrau dem Ehemann ermöglicht, sich gänzlich dem Unternehmen zu widmen. Sie leistet einen „externen“ Beitrag zur Produktivitätssteigerung des Unternehmens.

3.3. Die Vermutung der Unentgeltlichkeit der Arbeit und die Beanspruchung von Sozialleistungen

Nicht verschwiegen werden darf, dass sich in einem Bereich der Rechtsprechung die Vermutung der Unentgeltlichkeit noch immer hartnäckig behauptet. Auch wenn die Ehefrau im Unternehmen des Ehegatten regelmäßig und ständig mitarbeitet, wird in den Fürsorge- und Vorsorgeprozessen gemäß Artikel 442 ZPO noch immer davon ausgegangen, dass die Ehepartnerin erst beweisen müsse, nicht unentgeltlich gearbeitet zu haben.

Dies gilt insbesondere im Bereich der Sozialleistungen der Pensionsversicherungsanstalt INPS-NISF, wobei die Gerichte, allen voran der Kassationsgerichtshof, die vom Ehepartner des Unternehmers - meistens betrifft es die Ehefrau - gestellten Ansprüche gegenüber der Pensionsversicherungsanstalt unter Zuhilfenahme der Vermutung der Unentgeltlichkeit abzuweisen pflegen und zwar mit der Begründung, dass der Ehepartner nicht beweisen konnte, dass er für die Arbeit bezahlt wurde und daher keinen Anspruch auf die Sozialleistung habe. Kurz, der Anspruch wird stets abgewiesen, weil davon auszugehen sei, dass die Ehefrau ihre Arbeitsleistung im Unternehmen „*benevolentiae vel affectionis causa*“ unentgeltlich erbringen würde. Diese Rechtsprechung bedarf einer Erklärung.

Artikel 2116 ZGB schreibt nämlich fest, dass der Arbeitnehmer die Sozialleistungen gegenüber der Versicherungsanstalt auch dann beanspruchen kann, wenn keine entsprechenden Versicherungsbeiträge einbezahlt worden sind. Es ist dies eine Schutzbestimmung zugunsten des Arbeitnehmers, deren „*ratio*“ so zu verstehen ist, dass man den Arbeiter nicht auch noch dafür bestrafen darf, indem man ihm die Sozialleistungen verweigert, wenn er schon vom Arbeitgeber nicht versichert worden ist⁴⁷.

Diese Schutzbestimmung wird aber gerne ausgenutzt, indem missbräuchliche Forderungen gestellt werden.

Es kommt nämlich immer wieder vor, dass die Ehefrauen bei der Pensionsversicherungsanstalt vorsprechen, um in den Genuss des Krankengeldes, des

⁴⁷) Das Anrecht auf Sozialleistung unabhängig von der Entrichtung der Beiträge (Prinzip der sog. „*automatischen Erbringung der Sozialleistung*“) wird leider sehr oft schamlos ausgenutzt, und dessen Aufrechterhaltung kostet sehr viel Geld. Das Prinzip hat dort seine Daseinsberechtigung, wo die Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zur Schwarzarbeit gezwungen werden. Man will sie daher nicht zusätzlich auch in sozialrechtlicher Hinsicht bestrafen, indem man ihnen aufgrund der fehlenden Sozialversicherung auch noch die Sozialleistungen verwehrt. Heute wäre ein Überdenken des Prinzips ohne weiteres angebracht, denn die Schwarzarbeit – vor allem im Bausektor - geschieht sehr oft im gegenseitigen Einverständnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Vgl. hierzu auch das Kapitel zur „Die Sozialversicherung der Familienangehörigen“.

Mutterschaftsgeldes oder auch des Arbeitslosengeldes zu gelangen⁴⁸ und behaupten, in einem untergeordneten Arbeitsverhältnis im Betrieb des Ehegatten gearbeitet zu haben. Da allzu oft falsche Tatsachen vorgegaukelt werden und die Ehepartner in Wirklichkeit nie im Unternehmen gearbeitet und auch keine Versicherungsbeiträge entrichtet haben, reagiert die Rechtsprechung sehr rigoros auf solche Sozialleistungsansprüche und weist sie einfach mit dem Argument ab, dass die Arbeit im Betrieb des Ehegatten als unentgeltlich vermutet werden kann und nur ein rigoroser Gegenbeweis diese Vermutung überwinden kann. Bei genauerem Hinsehen beharrt man in diesen Urteilen nur aus prozesstechnischen Gründen auf der Vermutung der Unentgeltlichkeit der Arbeit zugunsten des Ehepartners.

Es ist nämlich nicht schwierig, Personen zu falscher Zeugenaussage zu verleiten, die bereit sind, hoch und heilig zu schwören, dass der Ehegatte im Unternehmen im untergeordneten Arbeitsverhältnis beschäftigt war. Solchen Zeugenaussagen steht die Pensionsversicherungsanstalt eigentlich machtlos gegenüber, da sie nicht alle Arbeitsverhältnisse kontrollieren kann.

Sie kann im Grunde nur schwerlich das Gegenteil beweisen und müsste die Sozialleistung ausbezahlen. Die zur Kasse gebetene Versicherungsanstalt kann nicht Millionen von Arbeitsverhältnissen kontrollieren, und wenn jemand behauptet, unversichert in einem Unternehmen gearbeitet zu haben, kann sie das nur glauben oder nicht, sie kann jedenfalls kaum irgend einen Gegenbeweis anführen.

Im Bewusstsein dessen, wird die Geltendmachung der Sozialleistung von den Gerichten einfach unter Zuhilfenahme der Vermutung der Unentgeltlichkeit abgewiesen und nur dann angenommen, wenn ein rigoroser und glaubhafter Beweis erbracht wird, dass die Arbeit im Betrieb des Ehegatten tatsächlich geleistet worden ist.

In der Sozialgerichtsbarkeit gilt aus prozesstechnischen Gründen immer noch die Vermutung der Unentgeltlichkeit der Arbeit im Unternehmen des Ehegatten.

48) Vgl. Kass. 7378/96: Die Ehefrau beanspruchte die Leistungen der Lohnausgleichskasse, indem sie behauptete im Schuhbetrieb des Ehemannes gearbeitet zu haben.
Vgl. Kass. 8132/99: Die Ehefrau beanspruchte das Krankengeld.
Vgl. auch Kass. 18284/03. Vgl. Kass. 8132/99: Die Ehefrau beanspruchte das Krankengeld.
Vgl. auch Kass. 18284/03.

3.4. Mitarbeit bei geistigen Berufen

Ein Bereich, in welchem nach wie vor Rechtsunsicherheit herrscht, ist jener, in dem das Familienmitglied bei dem einen geistigen Beruf ausübenden Ehepartner (Arzt, Rechtsanwalt, Architekt usw.) mitarbeitet.

Rechtsunsicherheit herrscht deshalb, weil die Bestimmungen des Artikel 230-bis ZGB nur für wirtschaftliche Unternehmertätigkeiten gedacht sind, zu denen in einer überalterten Rechtsmeinung die geistigen Berufe nicht zählen.

Die herrschende Rechtsprechung behauptet daher, dass im Bereich der geistigen Berufe weiterhin die Vermutung der Unentgeltlichkeit gilt und dass somit die Ehefrau weiterhin „gratis“ in der Rechtsanwaltspraxis oder in der Arztpraxis des Ehegatten arbeite.⁴⁹

Diese Rechtsauffassung kann nicht geteilt werden, sie hält einer verfassungsrechtlich orientierten Auslegung nicht stand. Eine rein formalistische und längst überholte Unterscheidung zwischen Wirtschaftsunternehmen und geistigem Beruf kann nämlich nicht vor die verfassungsrechtlich geschützten Werte, wie das Recht auf bezahlte Arbeit usw., gereicht werden. Die Bestimmungen des Artikel 230-bis ZGB können ohne weiteres im Wege der analogen Auslegung auf die geistigen Berufe ausgedehnt werden, da die „*eadem ratio*“ vorhanden ist.

3.5. Eheliches Unternehmen und ehelicher Betrieb. Unterschiede

Eine besondere Form der gemeinsamen Führung („*cogestione*“) eines Unternehmens ist jene der gemeinsamen Führung durch die Eheleute. Es ist dies das „eheliche Unternehmen“ („*impresa coniugale*“). Das eheliche Unternehmen ist nichts anderes als ein von zwei Personen gemeinsam geführtes Unternehmen, das durch das besondere Verwandtschaftsverhältnis dieser Personen gekennzeichnet ist.

Um das eheliche Unternehmen zu verstehen, gilt es zwischen Unternehmen zwischen Eheleuten („eheliches Unternehmen“ oder „*impresa coniugale*“) und ehelichem Betrieb („*azienda coniugale*“) zu unterscheiden.

Die Unterscheidung ist wichtig.

49) Vgl. Kass. 18284/03: Die Ehefrau, diplomierte Krankenschwester, arbeitete in der Arztpraxis des Ehegatten mit. Die erst- und zweitinstanzlichen Richter erkannten das untergeordnete Arbeitsverhältnis nicht an, da sie von der Vermutung ausgingen, dass die Ehefrau unentgeltlich für den Ehemann arbeitete. Der Kassationsgerichtshof annullierte das Urteil.

Um den Unterschied am besten zu erklären, sei auf ein Beispiel der Computersprache verwiesen. Der eheliche Betrieb stellt die „Hardware“ (Gebäude, Fahrzeuge, Büromaterial usw.) dar, das eheliche Unternehmen die „Software“. Das Unternehmen bedient sich der Hardware, um im Wirtschaftsleben tätig zu sein.

In der Rechtssprache wird der Betrieb im Art. 2555 ZGB als Gesamtheit der Sachen bezeichnet, das Unternehmen wird im Artikel 2082 ZGB als Organisation bezeichnet, die sich der Sachen bedient, um Handel zu treiben oder Produkte und Dienstleistungen zu erzeugen. Kurz und bündig, der Betrieb ist das Mittel zur Führung des Unternehmens.

Wenn kein Gesellschaftsvertrag vorhanden ist, kommen in Bezug auf die Führung und Verwaltung dieses besonderen Unternehmens die Regeln der faktischen Gesellschaft zur Anwendung. Wenn das Unternehmen in eine Gesellschaftsform gekleidet ist, folgt es den Führungsregeln dieser Gesellschaftsform. Sollten die Eheleute aus irgendeinem Grund das Unternehmen in keine gesellschaftliche Form gegossen haben, müssen subsidiär die Führungsregeln der faktischen Gesellschaft herangezogen werden.

Gemäß Artikel 2297 ZGB richtet sich die faktische Gesellschaft nach den Regeln der einfachen Gesellschaft.

Dabei wird nicht danach unterschieden, welche Form des Güterstandes die Eheleute gewählt haben.

Ein Beispiel:

Zwei Eheleute führen gemeinsam ein Unternehmen. Wenn kein Gesellschaftsvertrag und kein anderer Rechtstitel vorhanden sind, kommen subsidiär die Regeln der faktischen Gesellschaft zur Anwendung, unabhängig vom Güterstand der Eheleute. Die faktische Gesellschaft orientiert sich an den Regeln der einfachen Gesellschaft. Das gesellschaftliche Innenverhältnis zwischen den Eheleuten und auch das Außenverhältnis zu Drittpersonen, insbesondere zu Gläubigern, sind durch die Artikel 2251 ff. ZGB geregelt. Beide Eheleute führen einzeln die Geschäfte (Art. 2257 ZGB), beide Eheleute haben die Vertretungsbefugnis gegenüber Dritten (Art. 2266 ZGB). Sollte nichts anderes bestimmt sein, werden die Gewinne zu gleichen Teilen geteilt (Art. 2263 ZGB; in steuerrechtlicher Hinsicht: Art 5 TUIR). Will der eine Ehegatte den anderen aus dem Unternehmen ausschließen, muss er sich im Sinne des Art. 2287 Abs. 3 ZGB an das Gericht wenden. Beide Eheleute haften persönlich für die Verbindlichkeiten des Unternehmens (Art. 2267 ZGB) und gehen zusammen mit dem Unternehmen in Konkurs.

3.6. Eheliches Unternehmen und ehelicher Betrieb in Gütergemeinschaft

Was aber den „Betrieb“, also die Sachen (Betriebshalle, Maschinen, Büromaterial, Betriebsfahrzeuge usw.) zur Führung des ehelichen Unternehmens betrifft, stellt sich unmittelbar die Frage nach dessen Eigentum. Wem gehört der Betrieb, wem gehören die Produktionsmittel?

Die Antwort hängt eng mit dem von den Eheleuten gewählten Güterstandsrecht zusammen, wobei zwischen den beiden großen Formen der Gütergemeinschaft und der Gütertrennung zu unterscheiden ist.

Haben die Eheleute den Güterstand der Gütergemeinschaft gewählt, so sind die gesellschaftsrechtlichen Regeln, welche sich auf die Verwaltung und Führung des Unternehmens beziehen, mit den Regeln des Güterstandes in Einklang zu bringen, welche auf die Eigentumsfrage eine Antwort geben. Vor allem gilt es, auf jene Bestimmung des ZGB, die den Betrieb zum Inhalt hat, nämlich Artikel 177 ZGB (erster Absatz Buchstabe d und zweiter Absatz), Rücksicht zu nehmen.

Das eheliche Unternehmen („*impresa coniugale*“) folgt den gesellschaftsrechtlichen Regeln der faktischen Gesellschaft und bedient sich - ähnlich einer Pacht⁵⁰ - des ehelichen Betriebes oder benützt den ehelichen Betrieb um die unternehmerische Tätigkeit auszuüben. Der eheliche Betrieb unterliegt seinerseits den Eigentumsregeln des Art. 177 ff. ZGB.

So fallen der nach der Heirat gegründete eheliche Betrieb und ganz allgemein die Produktionsmittel („*azienda coniugale*“) im Sinne des Artikel 177, Buchst. d) in die Gütergemeinschaft. Die Eheleute sind gemeinsam Eigentümer der Produktionsmittel.

Bei einem vor der Heirat von einem Ehepartner gegründeten Betrieb fallen im Sinne des Art. 177, 2. Absatz ZGB nur die Gewinne und Zuwächse in die Gütergemeinschaft, während die schon vor der Heirat besessenen Produktionsmittel im ausschließlichen Eigentum des Ehepartners verbleiben und von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen sind.

Um die Trennung zwischen ehelichem Betrieb und ehelichem Unternehmen herauszustreichen, unterscheidet ein Teil der Rechtslehre zwischen „*impresa coniugale su azienda coniugale*“ (Artikel 177, Abs. 1, Buchstabe d ZGB) und „*impresa coniugale su azienda non coniugale*“ (Artikel 177, Abs. 2 ZGB).

50) In diesem Sinne auch das Landesgericht Rom im Urteil vom 16.9.99. Das eheliche Unternehmen kann natürlich die Produktionsmittel und den Betrieb auch von Dritten pachten. Es kann aber auch vorkommen, dass zum Beispiel der Hotelbetrieb als Immobilie im Eigentum der Ehefrau steht. Sie bringt das Hotel in die Ehe mit. Der Ehemann führt dann das Hotelunternehmen, in welchem die Ehefrau nur mitarbeitet. Das Unternehmen gehört dem Ehemann, der Betrieb gehört der Ehefrau.

Erfolgt die Gründung des gemeinsamen Unternehmens nach der Heirat, fallen die Produktionsmittel unmittelbar in die Gütergemeinschaft. Die Eheleute sind gemeinsame Eigentümer des Betriebes und gemeinsame Unternehmer. In diesem Sinne gibt es sowohl ein eheliches Unternehmen als auch einen ehelichen Betrieb. Wird das Unternehmen dagegen schon vor der Heirat gegründet, verbleiben die bis dahin erworbenen Betriebs- und Produktionsmittel im ausschließlichen Eigentum des jeweiligen Ehegatten. Es wird ein gemeinsames Unternehmen geführt, das sich der im ausschließlichen Eigentum eines Ehegatten befindlichen Produktions- und Betriebsmittel bedient. In diesem Sinne besteht zwar ein eheliches Unternehmen, aber kein ehelicher Betrieb. Nur die seit der Heirat erwirtschafteten Gewinne und Zuwächse gehen in die unmittelbare Gütergemeinschaft über.

Das eheliche Unternehmen („*impresa coniugale*“) ist eine besondere Form der faktischen Gesellschaft. Wenn kein besonderer Rechtstitel (Gesellschaftsvertrag usw.) vorliegt, sind die in Zusammenhang mit dem Unternehmen stehenden Rechtsbeziehungen, seien es die internen zwischen den Gesellschaftern – in diesem Falle zwischen den Eheleuten - wie auch die externen zu den Gläubigern und Drittpersonen, durch die Artikel 2297-2251 ff. ZGB geregelt. Dies gilt unabhängig vom Güterstand der Eheleute.

Haben die ein gemeinsames Unternehmen führenden Eheleute den Güterstand der Gütergemeinschaft gewählt, so kommen zusätzlich die Regeln des Artikel 177 ZGB zur Anwendung. Diese Bestimmung regelt die Frage des Eigentums der Produktionsmittel und allgemein des Betriebes („*azienda coniugale*“). Die Produktionsmittel fallen unmittelbar, d.h. „ex lege“ in die Gütergemeinschaft, wenn sie nicht schon vor der Ehe bestanden haben.

3.7. Beispiele

Nachfolgend seien zum besseren Verständnis des ehelichen Unternehmens und des ehelichen Betriebes in Gütergemeinschaft einige Beispiele aus der Welt des Tourismus und des Handwerks angeführt, die durchaus der Südtiroler Realität entsprechen.

Beispiel 1:

Zwei junge Leute heiraten. Dabei wählen sie den Stand der Gütergemeinschaft.⁵¹ Sie gründen einen Hotelbetrieb, den sie gemeinsam führen („*cogestione*“).

51) Die mit der Familienrechtsreform eingeführten neuen Regeln über den Güterstand finden ab dem 20.9.1975 Anwendung, wenn die Ehe nach diesem Datum geschlossen worden ist. Bei Ehen, die vor dem 20.9.75 geschlossen wurden, finden die neuen Regeln über den Güterstand ab 15.1.78 Anwendung. Wenn die Eheleute in einem notariellen Akt oder in einer Erklärung gegenüber dem Standesbeamten nicht ausdrücklich Gegenteiliges bestimmt haben, kommen automatisch die Regeln der Gütergemeinschaft zum Tragen.

Wenn sie keine andere Rechtsform gewählt haben, folgt das zwischen ihnen bestehende Unternehmen den Regeln der faktischen Gesellschaft (Geschäftsführung, Vertretung des Unternehmens nach außen usw.).

Das Hotel als Immobilie, die Zuwächse und Gewinne fallen automatisch in die Gütergemeinschaft.

Es kann aber sein, dass der Hotelbetrieb nur vom Ehemann gegründet wird, der das Unternehmen allein führt. Die Ehefrau arbeitet nur mit. Wenn sie nicht ein spezifisches Rechtsverhältnis geltend machen kann, so ist sie als Mitarbeiterin im Sinne des Artikel 230-bis ZGB geschützt und zwar unabhängig vom gewählten Güterstand. Sie hat neben dem Unterhalt ein Recht auf Beteiligung an den Zuwächsen und Gewinnen, je nach eingebrachter Arbeitsleistung. Das Beteiligungsrecht ist nicht realrechtlicher Natur, es besteht aus einer Forderung, die sie bei ihrem Ausscheiden aus dem Familienunternehmen geltend machen kann. Sobald die Gütergemeinschaft aufgelöst wird, kann sie sich noch auf die „*comunione de residuo*“ des Artikel 178 ZGB berufen.

Beispiel 2:

Zwei junge Leute heiraten, die Ehefrau bringt einen Hotelbetrieb in die Ehe mit. Die Leute wählen den Stand der Gütergemeinschaft.

Das Hotel wird gemeinsam geführt. Der Hotelbetrieb verbleibt im Eigentum der Ehefrau, die Gewinne und Zuwächse fallen dagegen in die unmittelbare Gütergemeinschaft (2. Absatz des Art. 177 ZGB).

Das Hotel kann aber auch nur vom Ehemann allein geführt werden. In diesem Fall gehört das Unternehmen dem Ehemann, der Betrieb gehört der Ehefrau. Die Ehefrau stellt den Betrieb dem Unternehmen zur Verfügung, in Form von Pacht oder unentgeltlich.

Beispiel 3:

Ein Handwerker gründet einen Betrieb. Daraufhin heiratet er. Als Ehestand wird die Gütergemeinschaft gewählt. Der Betrieb und generell die Produktionsmittel (z.B. die Betriebshalle) bleiben im ausschließlichen Eigentum des Handwerkers, da sie schon vor der Ehe existierten. Die Ehefrau arbeitet im Unternehmen mit. Sie kann daher auf jeden Fall - unabhängig vom gewählten Güterstand - die Teilhaberrechte ex Artikel 230-bis ZGB einfordern. Insbesondere hat sie ein Forderungsrecht auf die Auszahlung des Gegenwertes der Gewinne und des Betriebszuwachses. Nach Auflösung der Gütergemeinschaft hat sie auch noch Anspruch auf die „*comunione de residuo*“ ex Art. 178 ZGB.

Arbeitet sie jedoch nicht nur mit, sondern führt das Unternehmen gemeinsam mit dem Ehemann, kann sie nicht nur ein Forderungsrecht auf den Betriebszuwachs geltend machen, sondern dieser fällt unmittelbar „*ex lege*“ (Artikel 177, 2. Absatz ZGB) in die Gütergemeinschaft.

Beispiel 4:

Ein junges Paar heiratet und wählt den Ehestand der Gütergemeinschaft. Daraufhin gründet der Ehemann einen Handwerksbetrieb, den er auch alleine führt. Mit den erwirtschafteten Gewinnen wird eine Betriebshalle gebaut.

- Wenn sich die Ehefrau immer nur der Hausarbeit und der Kindererziehung gewidmet hat, gehört diese Halle ausschließlich dem Ehemann. Die Ehefrau wird jedoch dadurch belohnt, dass bei Auflösung der Gütergemeinschaft die übrig bleibenden Produktionsmittel in die „*comunione de residuo*“ gemäß Art. 178 ZGB fallen.
- Wenn die Ehefrau im Unternehmen mitgearbeitet hat, gehört diese Halle ausschließlich dem Ehemann. Die Ehefrau kann keine realrechtliche Ansprüche auf die Halle stellen, jedoch die schuldrechtlichen Forderungen gemäß Artikel 230-bis ZGB anmelden (Ausschüttung des Gegenwertes der Gewinne und des Betriebszuwachses). Nach Auflösung der Gütergemeinschaft fallen die übrig bleibenden Produktionsmittel noch in die „*comunione de residuo*“.
- Wenn die Ehefrau das Unternehmen jedoch von Anfang an gemeinsam mit dem Ehemann geführt hat, fällt die Betriebshalle ex Artikel 177 Buchstabe d) in die Gütergemeinschaft.

3.8. Zusammenfassung: das Unternehmen des Ehepartners in Gütergemeinschaft

Zusammenfassend kann folgende Schlussfolgerung hinsichtlich

- (1) Eigentum des Betriebes und
- (2) Regeln der Unternehmensführung gezogen werden:
 - a) Wird das Unternehmen von beiden Eheleuten gemeinsam geführt und ist ihre Rechtsbeziehung durch keinen besonderen Rechtstitel (wie Gesellschaftsvertrag usw.) geregelt, kommen subsidiär die gesellschaftsrechtlichen Führungsregeln der „faktischen Gesellschaft“ zur Anwendung. Diese gemeinsame Führung orientiert sich an den Regeln der „einfachen Gesellschaft“ und zwar unabhängig vom Güterstand, den die Ehepartner gewählt haben. Wenn sie sich für den Güterstand der Gütergemeinschaft entschieden haben, fallen der Betrieb und die Produktionsmittel im Sinne des Artikel 177 ZGB in die unmittelbare Gütergemeinschaft, wobei zwischen „*post*“ oder „*ante nuptias*“ gegründetem Unternehmen zu unterscheiden ist.
 - b) Wird das Unternehmen nur von einem Ehepartner geführt, während sich der andere Ehepartner auf die Mitarbeit beschränkt, unterliegt es den

Führungsregeln des Artikel 230-bis ZGB. Die alltägliche Führung ist dem Unternehmer überlassen, der Ehepartner hat ex Artikel 230-bis ZGB ein begrenztes Mitspracherecht. Der Betrieb und die Produktionsmittel gehören aber nur dem Unternehmer, der Ehepartner hat keinen realrechtlichen Anspruch auf dieselben, er hat nur eine schuldrechtliche Forderung auf Ablösung in Geld des Gegenwertes, je nach eingebrachter Arbeitsleistung. Allerdings kommt bei Auflösung der Gütergemeinschaft im Sinne des Artikel 178 ZGB noch die „*comunione de residuo*“ zum Tragen.

- c) Widmet sich der andere Ehepartner ganz der Hausarbeit und arbeitet nicht im Unternehmen mit, hat er natürlich kein Mitspracherecht in der Führung des Unternehmens. Der Betrieb und die Produktionsmittel gehören nur dem als Unternehmer tätigen Ehepartner. Allerdings kommt bei Auflösung der Gütergemeinschaft auch hier Artikel 178 ZGB zum Tragen.

Dieselbe systematische Auflistung kann auch aus einem anderen Blickwinkel heraus erfolgen. Wenn der eine Ehepartner ein Unternehmen führt, so kann sich für den anderen Ehepartner –meistens die Ehefrau - je nach Rechtstitel folgende Konstellation ergeben:

- a) Die Ehefrau arbeitet im Unternehmen nicht mit, sie widmet sich ganz der Familie und der Hausarbeit. In diesem Fall gilt der vom Vereinten Senat des Kassationsgerichtshofes herausgearbeitete Lehrsatz, dass die Hausarbeit als solche die Erfüllung der ehelichen Pflicht darstellt und somit noch keinen unmittelbaren Anspruch auf Gewinnbeteiligung vermittelt. Besteht jedoch Gütergemeinschaft zwischen den Eheleuten, fallen jene betrieblichen Sachen in die Gütergemeinschaft, die zum Zeitpunkt der Auflösung der Ehe vorhanden sind. Es ist die im Artikel 178 ZGB beschriebene „*comunione de residuo*“. Die Ehefrau ist somit am Ende der Ehe am betrieblichen Erfolg des Ehegatten beteiligt.
- b) Die Ehefrau arbeitet im Unternehmen zwar mit, ist aber nicht Gesellschafterin, nicht als Lohnabhängige angestellt, hat keinen freien Mitarbeitervertrag abgeschlossen und führt das Unternehmen auch nicht mit. In diesem Fall greift der Residualschutz des Artikel 230-bis ZGB.
- c) Die Ehefrau arbeitet nicht nur mit, sondern sie führt zusammen mit dem Ehegatten das Unternehmen. In diesem Fall greifen die oben beschriebenen Regeln des ehelichen Unternehmens.
- d) Das Unternehmen ist formal als Gesellschaft, egal ob Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft, gegründet worden, und die Ehefrau hält

Anteile. In diesem Fall genießt sie, wie jeder andere Gesellschafter auch, den Schutz der Regeln des Gesellschaftsrechtes. Die Ehefrau kann auch ein gesellschaftliches Amt (Verwalter, Verwaltungsrat usw.) bekleiden und genießt dabei den dafür vorgesehenen rechtlichen Schutz und erhält die entsprechende Entschädigung.

- e) Die Ehefrau steht im untergeordneten Lohnverhältnis zum Unternehmen. In diesem Fall genießt sie, wie jeder andere Lohnangestellte auch, den Schutz der Regeln des Arbeitsrechtes. Alternativ zum untergeordneten Arbeitsverhältnis kann die Ehefrau auch ein freies Mitarbeiterverhältnis mit dem Unternehmen eingegangen sein.

Es sei aber gleich hinzugefügt, dass in der Alltagspraxis die Unterscheidung zwischen den einzelnen Rechtstiteln nicht immer einfach ist und die rechtliche Einstufung des Arbeitsverhältnisses des Ehegatten alles anders als leicht ist. Insbesondere ist es nicht leicht zwischen Mitunternehmertum und einfacher Mitarbeit zu unterscheiden. Man denke nur an den Ehegatten, der in leitender Stellung im Unternehmen arbeitet. Oder man denke an den Ehegatten, der den anderen Ehegatten bei Abwesenheit im Unternehmen vertritt. In solchen Fällen ist die Grenzziehung zwischen Mitarbeit und gemeinsamer Führung alles andere als einfach.

3.9. Die „comunione de residuo“ und das Familienunternehmen

Artikel 178 ZGB lautet:

„(Dem Betrieb des Unternehmens gewidmete Sachen):

Sachen, die dem Betrieb eines nach der Eheschließung gegründeten Unternehmens eines der Ehegatten gewidmet sind und die Zuwächse eines auch vorher gegründeten Unternehmens gelten nur dann als Gegenstand der Gütergemeinschaft, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Auflösung noch vorhanden sind“.

Es ist dies die so genannte „comunione de residuo“ oder die „comunione legale differita“.⁵² Sie setzt voraus, dass nur ein Ehepartner als Unternehmer tätig war, wobei erst bei Auflösung des Güterstandes die übrig bleibenden Sachen des Betriebes in die Gütergemeinschaft fallen. Die Sachen fallen „ex

52) Artikel 178 ZGB regelt die verzögerte Gütergemeinschaft (sog. „comunione differita“), während Artikel 177 ZGB die unmittelbare Gütergemeinschaft regelt.

lege“ zur ungeteilten Hälfte ins Eigentum des nicht am Unternehmen beteiligten Ehepartners.⁵³

Wie gesagt, die „*comunione de residuo*“ kommt nur zur Anwendung, wenn das Unternehmen von nur einem Ehegatten geführt wird. Sie ist somit auszuschließen, wenn beide Ehepartner das Unternehmen gemeinsam geführt und verwaltet haben. Bei gemeinsamem Wirtschaften greift nämlich die Regel des Artikel 177 ZGB, und die betrieblichen Sachen fallen in die unmittelbare Gütergemeinschaft. In diesem Fall wird nicht nur gemeinsam für das Unternehmen gehaftet, sondern es werden auch die Erfolge gemeinsam getragen, die Gewinne und Zuwächse werden im Sinne des Artikel 2263 ZGB geteilt, das betriebliche Eigentum fällt unmittelbar in die Gütergemeinschaft.

Die „*comunione de residuo*“ greift aber, wenn sich der andere Ehegatte (a) nur der Hausarbeit widmet oder (b) im Unternehmen nur mitarbeitet. In beiden Fällen ist er am Unternehmen nicht beteiligt.

Kein Problem gibt es mit der Auslegung der gesetzlichen Bestimmung des Artikel 178 ZGB, wenn der Ehegatte sich ein Leben lang nur der Hausarbeit gewidmet hat. In diesem Falle ist es vertretbar, dass er am wirtschaftlichen Erfolg des anderen Ehegatten beteiligt wird und dass ihm daher am Ende, das heißt bei Auflösung der Gütergemeinschaft, die ungeteilte Hälfte des übrig bleibenden Betriebseigentums zugesprochen wird. Es ist eine Art Prämie für den Ehegatten, der dem Unternehmer ein Leben lang zur Seite gestanden hat und ihn in seiner unternehmerischen Tätigkeit unterstützt hat.

Ein großes Auslegungsproblem des Artikel 178 ZGB entsteht jedoch, wenn der Ehepartner im Unternehmen immer mitgearbeitet hat. Hier treten nämlich Schwierigkeiten der Koordination der beiden gesetzlichen Bestimmungen, jener des Artikel 178 ZGB und jener des Artikel 230-bis ZGB, auf. Beide Bestimmungen schützen nämlich den mitarbeitenden Ehepartner, indem sie ihm Beteiligungsrechte einräumen.

Die Rechtslehre hat zwei Lesarten des Artikel 178 ZGB vorgeschlagen.

53) Die gesetzliche Bestimmung unterscheidet zwischen Unternehmen, die vor der Eheschließung gegründet wurden und Unternehmen, die nach der Eheschließung gegründet wurden. Die Bestimmung ist so auszulegen, dass der vor der Ehe gegründete Betrieb immer im Eigentum des Unternehmers bleiben wird, auch nach Auflösung der Gütergemeinschaft. In diesem Falle fallen nur die Zuwächse, die nach der Eheschließung erwirtschaftet wurden, in die Gütergemeinschaft. Der nach der Ehe gegründete Betrieb fällt bei Auflösung jedoch zur Gänze in die Gütergemeinschaft.

1. Lesart:

Das Familienunternehmen ist ein Einzelunternehmen, dessen Produktionsmittel dem Unternehmer gehören. Der mitarbeitende Ehepartner hat keinen realrechtlichen Anspruch auf dieselben, er hat nur eine obligationsrechtliche Forderung auf Ablösung in Geld des Gegenwertes, bemessen an der eingebrachten Arbeitsleistung. Allerdings kommt bei Auflösung der Gütergemeinschaft zusätzlich noch Artikel 178 ZGB zum Tragen, und der mitarbeitende Ehepartner hat nochmals ein Anrecht auf die Hälfte des übrig bleibenden Betriebseigentums. Der mitarbeitende Ehepartner wird somit zweimal belohnt: einmal als Mitarbeiter im Sinne des Artikel 230- bis ZGB und ein zweites Mal als Ehepartner im Sinne des Artikel 178 ZGB. Salopp ausgedrückt: Zuerst ist ihm der Gewinn auszuschütten und der Gegenwert der Zuwächse und jener mit dem Gewinn erworbenen Sachen und zwar je nach eingebrachter Arbeitsleistung. Darüber hinaus hat er bei Auflösung der Gütergemeinschaft noch Anspruch auf die Hälfte der Betriebsgüter, die nach erfolgter Auszahlung des Gewinns und des Gegenwertes der Zuwächse übrig bleiben.

2. Lesart:

Die übermäßig großzügige Behandlung des mitarbeitenden Ehepartners, der zweimal belohnt wird, hat einen Teil der Rechtslehre zur Behauptung verleitet, dass der Gesetzgeber die Koordination zwischen Artikel 230-bis ZGB und Artikel 178 ZGB ganz einfach vergessen hat, was auch nicht unwahrscheinlich ist.

Sie bietet daher eine andere Auslegung „*praeter legem*“ an: Bei Auflösung der Gütergemeinschaft und Aufteilung derselben müsse der mitarbeitende Ehepartner jenen Teil, den er schon als Gewinnbeteiligung im Sinne des Artikel 230-bis ZGB ausgeschüttet bekommen hat, seiner Quote anlasten. Somit erhält er bei Aufteilung die Hälfte des übrig bleibenden gütergemeinschaftlichen Vermögens, abzüglich des ihm schon ausgeschütteten Gewinnes und abzüglich des ihm ausgezahlten Geldbetrages für die Zuwächse und für die mit dem Gewinn erworbenen Sachen.

Anzumerken bleibt, dass die Anwendung des Artikel 178 ZGB zwingend ist. Diese Feststellung bedarf einer Erklärung.

Man will damit sagen, dass die Bestimmung nicht umgangen werden kann. Es kommt nämlich immer wieder vor, dass der als Unternehmer tätige Ehepartner eine für das Unternehmen zweckbestimmte Sache, auch Immobilie (Betriebshalle, Büroraum usw.) erwirbt und sie als persönliche Sache von der „*comunione de residuo*“ ausschließen will. Dies unter Zuhilfenahme des Artikel 179, zweiter Absatz ZGB, laut welchem die Sache als persönliche gilt und von der Gütergemeinschaft – auch von der „*comunione de residuo*“ - ausgeschlossen werden kann, wenn der andere Ehegatte bei der Abfassung des Kaufvertrages hinzugezogen wird und im Erwerbsakt festgehalten ist, dass die Immobilie als

persönliche Sache gilt. Damit die Immobilie in die „*comunione de residuo*“ fällt, genügt aber laut Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofes⁵⁴, dass sie während des Bestehens der Gütergemeinschaft erworben wurde und objektiv den unternehmerischen Zwecken diene.

Es ist somit belanglos, ob der andere Ehepartner bei Abschluss des Kauf- oder Erwerbsvertrages hinzugezogen worden ist und sich mit seiner Unterschrift einverstanden erklärt hat, dass die Immobilie als persönliches Gut gilt und daher von der „*comunione de residuo*“ ausgeschlossen ist.

Festgehalten sei, dass auch in diesem Fall der im Jahre 1975 das Familienrecht reformierende Gesetzgeber wieder eine mehr als fragliche und vom Zeitgeist längst überholte Unterscheidung zwischen dem einen geistigen Beruf ausübenden Ehepartner und dem als Unternehmer tätigen Ehepartner getroffen hat.

Artikel 179, Buchstabe d) ZGB schließt nämlich die für die Ausübung des geistigen Berufes erworbenen Sachen von der „*comunione de residuo*“ aus, da diese als höchst intim und persönlich erachtet werden.

Die für die Ausübung des Unternehmens erworbenen Sachen gelten dagegen als weniger intim und fallen somit bei Auflösung der Gütergemeinschaft in die „*comunione de residuo*“.

Diese differenzierte Behandlung ergibt wenig Sinn, denn es entspricht überhaupt nicht der Realität, dass die für die Ausübung des Unternehmens zweckbestimmten Sachen einen geringeren persönlichen Charakter hätten, als jene für die Ausübung des geistigen Berufes: Als ob die Schreibmaschine der großen Rechtsanwaltskanzlei einen größeren persönlichen Wert besitzen würde als die Schreibmaschine des Kleinunternehmers!

54) Vgl. Kass. 18.456/05, Kass. 4533/97 und Kass. 7060/86.

| | | |
|---|---|---|
| <p>Der Ehegatte führt gemeinsam mit der Ehegattin das Unternehmen:</p> <p>a) Wenn kein schriftlicher Gesellschaftsvertrag vorhanden ist, kommen subsidiär die Regeln der faktischen Gesellschaft zur Anwendung.</p> <p>b) Leben die Eheleute in Gütergemeinschaft, fallen die Produktionsmittel gemäß Art. 177 ZGB in die unmittelbare Gütergemeinschaft, wenn das Unternehmen nach der Heirat gegründet worden ist (bei einem vor der Heirat gegründeten Unternehmen fallen die Zuwächse und Gewinne in die Gütergemeinschaft).</p> | <p>Die Ehegattin arbeitet im Unternehmen des Ehegatten mit:</p> <p>a) Wenn kein anderer Rechtstitel vorhanden ist (Arbeitsvertrag, freier Mitarbeitervertrag usw.), kommt der Schutz des Art. 230-bis ZGB zur Anwendung. Die mitarbeitende Ehegattin kann die Teilhaberrechte geltend machen.</p> <p>b) Leben die Eheleute in Gütergemeinschaft, fallen gemäß Art. 178 ZGB auch noch jene bei Auflösung derselben übrig bleibenden Produktionsmittel in die „<i>comunione de residuo</i>“.</p> | <p>Die Ehegattin arbeitet nicht im Unternehmen des Ehegatten mit und kümmert sich nur um die Hausarbeit:</p> <p>a) Die Hausarbeit ist unentgeltlich. Die Ehegattin hat keinen Anspruch auf das Unternehmen des Ehegatten. Sie hat kein Mitentscheidungsrecht und auch keinen Anspruch auf Gewinnausschüttung.</p> <p>b) Leben die Eheleute in Gütergemeinschaft, fallen allerdings gemäß Art. 178 ZGB bei Auflösung derselben die übrig bleibenden Produktionsmittel in die „<i>comunione de residuo</i>“.</p> |
|---|---|---|

3.10. Eheliches Unternehmen und ehelicher Betrieb in Gütertrennung

Die bisherige Darstellung ging von der Annahme aus, dass die ein gemeinsames Unternehmen führenden Eheleute in Gütergemeinschaft leben. Die Gütergemeinschaft wurde im Jahre 1975 zwar noch als Normalfall angesehen, wurde im Laufe der Jahrzehnte aber immer mehr durch die Gütertrennung verdrängt. Dies hat mehrere Gründe, einer davon ist sicher die Säkularisierung der Ehe, ein weiterer, vielleicht noch wichtigerer Grund ist wohl auch die Klarheit und Unkompliziertheit der gesetzlichen Regelung der Gütertrennung, wenn man diese mit jener undurchsichtigen der Gütergemeinschaft vergleicht.

Wenn der in Gütertrennung lebende Ehegatte unternehmerisch tätig ist, entfällt vor allem die Notwendigkeit der Koordination mit den Artikeln 177 ZGB und 178 ZGB, also mit jenen beiden zivilrechtlichen Bestimmungen, die den „Betrieb“, also die Produktionsmittel zum Betreiben des Unternehmens bei einem in Gütergemeinschaft lebenden Ehepaar zum Inhalt haben. Hinsichtlich der Eigentumsfrage des Betriebes und der Produktionsmittel herrscht nämlich Klarheit.

Was Artikel 178 ZGB betrifft, also jene zivilrechtliche Bestimmung, die davon ausgeht, dass nur ein Ehepartner als Unternehmer tätig ist, kann der andere (a) sich nur der Hausarbeit widmende oder (b) im Unternehmen nur mitarbeitende Ehepartner nie Ansprüche auf das übrig bleibende Betriebseigentum stellen. Das Unternehmen und die betrieblichen Sachen gehören nur dem als Unternehmer tätigen Ehepartner.

Der im Unternehmen mitarbeitende Ehepartner hat zwar – wie bereits mehrfach dargelegt - eine schuldrechtliche Forderung auf die im Artikel 230-bis aufgelisteten wirtschaftlichen Beteiligungsrechte, die unabhängig vom gewählten Vermögensregime greifen, er hat jedoch keinen Anspruch auf die „*comunione de residuo*“. Dasselbe gilt auch für den nur in der Hausarbeit tätigen Ehepartner, der ebenso wenig Anspruch auf die „*comunione de residuo*“ erheben kann.

Auch Artikel 177 ZGB, also jene zivilrechtliche Bestimmung, die davon ausgeht, dass beide Ehepartner gemeinsam das Unternehmen führen, kommt nicht zum Tragen. Während bei Gütergemeinschaft ein Koordinierungsproblem mit Artikel 177 ZGB hinsichtlich der Eigentumsfrage über den Betrieb und die Produktionsmittel entsteht, entfällt dieses Koordinierungsproblem, wenn die Ehepartner im vermögensrechtlichen Regime der Gütertrennung leben.

3.11. Die „*more uxorio*“ zusammenlebenden Partner

Einen schwierigen Stand haben die zusammenlebenden Lebenspartner oder -partnerinnen, da sie kaum rechtlichen Schutz genießen.

Vorab sei festgehalten, dass das Zusammenleben das charakterisierende Element dieser Art von Partnerschaft ist. Ohne stabiles Zusammenleben gibt es keine faktische Ehe „*more uxorio*“. Auch in der Ehe besteht die Pflicht des gemeinsamen Wohnsitzes und der gemeinsamen Familienwohnung (Art. 144 ZGB und Artikel 146 ZGB), aber das Zusammenleben ist nicht das charakterisierende Element der Ehe. In der faktischen Ehe ist dagegen das stabile Zusammenleben das ausschlaggebende Erkennungsmerkmal. Ohne stabiles Zusammenleben gibt es keine faktische Ehe, sondern nur gewöhnliche Freundschaft.⁵⁵

55) Während das Zusammenleben ein entscheidendes Kriterium bei der Feststellung der faktischen Ehe ist, ist es kein Kriterium bei der Beanspruchung des Art. 230-bis ZGB durch Familienangehörige. Um den Schutzmechanismus des Art. 230-bis ZGB beanspruchen zu können, muss das verwandte oder verschwägte Familienmitglied nicht mit dem Unternehmer zusammenleben.

1. Die Haushaltsarbeit

Hinsichtlich Haushaltsarbeit und generell bei gegenseitigen materiellen Zuwendungen geht die gängige Rechtsprechung von der Vermutung aus, dass diese aufgrund einer moralischen Verpflichtung heraus geschehen und somit unentgeltlich als Naturalobligationen erbracht werden.⁵⁶

Die zusammenlebenden Partner hätten die Pflicht zum gegenseitigen moralischen und materiellen Beistand.

Auf diese Art von Verpflichtung finden die im Artikel 2034 ZGB festgeschriebenen Prinzipien Anwendung: In erster Linie das Prinzip der „*retentio soluti*“, also des Einbehaltes der aus moralischer oder sozialer Pflicht heraus erbrachten Leistungen. Leistungen, die spontan aus sozialer oder moralischer Pflicht heraus erbracht worden sind, geben keinen einklagbaren Anspruch auf Rückerstattung. Es gibt folglich kein Klagsrecht auf Entlohnung für die erbrachte Arbeit oder auf Rückgabe der getätigten Zuwendungen.

Allerdings hat auch die moralische Pflicht des materiellen Beistandes gegenüber dem Lebenspartner Grenzen. Sie besteht nur bis zu einem bestimmten Punkt und muss angemessen und proportional zum Vermögen, zum Lebensstil und generell zum sozialen Status der beiden Partner sein. Wenn die Zuwendungen an den Lebenspartner unverhältnismäßig hoch waren, sind jene über die moralische Verpflichtung hinaus erbrachten Leistungen rückforderbar.⁵⁷

2. Mitarbeit im Unternehmen des Lebenspartners

Laut gängiger Rechtsprechung besteht sogar für die Arbeit im Unternehmen des zusammenlebenden Lebenspartners immer noch die Vermutung der Unentgeltlichkeit, und zwar deshalb, weil davon ausgegangen wird, dass diese „*affectio vel benevolentiae causae*“ erbracht würde.⁵⁸

Die Regeln des einen Mindestschutz gewährenden Artikel 230-bis ZGB seien auf den zusammenlebenden Ehepartner nicht – auch nicht im Wege der Analogie – ausdehnbar. Der zusammenlebende Ehepartner ist kein Verwandter und kein Familienmitglied. Während die Mitarbeit der Ehegattin durch den Mindestschutz des Artikel 230-bis ZGB abgesichert ist und in irgendeiner Form zu

56) Vgl. ex multis Kass. 285/89.

57) Vgl. Kass. Nr. 3713/2003. Im dort beschriebenen Fall hat der Lebenspartner mit dem eigenen Geld ein Grundstück gekauft und das Eigentum auf den Namen der Lebenspartnerin eingetragen. Dort hat er auch mit der eigenen Arbeitsleistung ein Haus mit mehreren Wohnungen lautend auf den Namen der Lebenspartnerin errichtet. Laut Gerichtsurteil ging dies weit über die moralische Verpflichtung des materiellen Beistandes zwischen den Lebenspartnern hinaus. Die Lebenspartnerin wurde daher zur Aus- und Rückzahlung des Gegenwertes verpflichtet.

58) Ex multis Kass. 3713/03 und Kass. 5803/90.

entlohnen ist, ist die Mitarbeit der Lebenspartnerin nicht durch den Art. 230-bis ZGB gedeckt und immer noch als unentgeltlich zu betrachten.⁵⁹

Die Rechtsprechung ist noch einigermaßen verständlich, wenn sie bei der reinen Hausarbeit die Unentgeltlichkeit vermutet. Bei Zusammenlebenden gibt es zwar keine rechtliche Verpflichtung zum gegenseitigem Beistand, wie dies bei Ehepartnern im Sinne des Artikel 143 ZGB der Fall ist, es kann jedoch ohne weiteres argumentiert werden, dass eine moralische Pflicht zum gegenseitigen Beistand besteht. Genauso wie die Hausarbeit der Ehepartnerin unentgeltlich ist, ist auch die Hausarbeit der Lebenspartnerin unentgeltlich.

Unverständlich wird die Rechtsprechung aber, wenn sie immer noch davon ausgeht, dass die Lebenspartnerin auch unentgeltlich im Unternehmen des Partners arbeitet. Eigentlich müsste mittlerweile vom umgekehrten Prinzip ausgegangen werden, dass nämlich eine Vermutung der Entgeltlichkeit der Arbeit herrscht.⁶⁰ Die Absicht des Gesetzgebers, als er den Artikel 230-bis ZGB einführte, war nämlich diejenige, sogar den am wenigsten geschützten Arbeitskräften, nämlich den Familienangehörigen, ein Minimum an Rechten zu geben. Umso mehr müsste diese „ratio“ des minimalen Schutzes auch für Personen gelten, wie die zusammenlebenden Partner, die zum Unternehmer gar nicht verwandt sind. „Umso mehr“ deshalb, denn während bei einem Familienangehörigen oder beim Ehepartner aufgrund der verwandtschaftlichen Nähe eine Vermutung

59) In diesem Sinne Kass. 4204/94: *“...non vi è possibilità di assimilazione di sorta fra matrimonio e convivenza more uxorio...”* und *“...con il riferimento alla fattispecie di cui all’art. 230-bis CC, va rilevato che la norma in parola è una norma eccezionale, in quanto eccezione alle norme generali in tema di prestazioni lavorative; pertanto (art. 14 preleggi) è insuscettiva di interpretazione analogica”*.

Dieses Urteil ist ein Beispiel dafür, wie logische Schwächen oft mit brillanter Rhetorik zuge deckt werden können. Alle dürften damit einverstanden sein, dass im Normalfall die Arbeit zu entlohnen ist. Die Vermutung, dass die Arbeit innerhalb der Familie unentgeltlich geleistet werden müsse, war daher immer als eine Ausnahme zu dieser Regel zu verstehen. Die Richter des Kassationsgerichtshofes hatten kein Problem, im Analogieschluss die vor der Familienrechtsreform geltende Vermutung der Unentgeltlichkeit der Arbeit innerhalb der Familie auf die „de facto“ Familie auszudehnen. Nachdem nun mit der Familienrechtsreform und mit Artikel 230-bis ZGB diese Vermutung abgeschafft worden ist, haben die Richter plötzlich Schwierigkeiten den neuen, umgekehrten Analogieschluss zu vollziehen, der lauten würde: Wenn schon die Arbeit der Ehepartnerin und generell die Arbeit innerhalb der Familie zu entlohnen ist, so müsste auch die Arbeit der zusammenlebenden Partnerin entlohnt werden. Der Analogieschluss ist nicht eine Einbahnstraße und kann nicht nur dann beansprucht werden, wenn es in die jeweilige ideologische Überzeugung passt.

60) Die jüngste Rechtsprechung (vgl. Kass. 5632/06) scheint die Bereitschaft zu zeigen, sich in diesem Sinne zu öffnen. Laut ihr ist auch die faktische Familie im Sinne des Artikel 2 der Verfassung als ein schützenswertes gesellschaftliches Gebilde zu betrachten und auch die Arbeit des zusammenlebenden Partners verdient daher rechtliche Anerkennung.

der Unentgeltlichkeit der Arbeit zumindest theoretisch noch verständlich sein könnte, gibt es kein Verständnis mehr, wenn die Arbeit durch eine nicht verwandte Person erbracht wird.

Es kann davon ausgegangen werden, dass sich diese Rechtsprechung nicht mehr lange hält und dass dem sozialen Druck, der in den Gesetzen mittlerweile stetig wachsende Berücksichtigung findet, nachgegeben wird. So, wie in den Gesetzen mittlerweile immer öfter die faktische Ehe rechtliche Würdigung findet und ein Minimum an Schutz erhält, so wird wohl demnächst in den Urteilen auch die Arbeit des Partners im Unternehmen des anderen Partners für entlohnungswürdig befunden werden.

Die zusammenlebenden Partner sind zum unentgeltlichen, gegenseitigen Beistand verpflichtet. Darunter fällt die Hausarbeit.
Erbrachte Leistungen und gegenseitige Zuwendungen sind nicht mehr rückforderbar, wenn sie innerhalb der Grenzen der Verhältnismäßigkeit erbracht worden sind.
Die Mitarbeit im Unternehmen des Lebenspartners ist zu entlohnen. Die derzeitige Rechtsprechung ist aber noch anderer Meinung.

4

Die Teilhaber- oder Beteiligungsrechte

4.1 Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen Beteiligungsrechten und Mitbestimmungsrechten

4.2 Die wirtschaftlichen Teilhaber- oder Beteiligungsrechte

4.3 Das Recht auf Unterhalt

4.4 Kriterien zur Festlegung der Höhe des Unterhalts: das Konsumverhalten

4.5 Das Recht auf Gewinnbeteiligung

4.6 Der Zeitpunkt der Ausschüttung der Gewinne und ihre Aufwertung

4.7 Die Aufzinsung der Gewinne

4.8 Das Recht auf Beteiligung an den mit den Gewinnen erworbenen Sachen und an den Betriebszuwächsen

4.9 Das Recht auf Mitentscheidung

4.1.

Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen Beteiligungsrechten und Mitbestimmungsrechten

Wie bereits ausgeführt, werden dem mitarbeitenden Familienmitglied einige Rechte eingeräumt. Es sind dies die so genannten Teilhaberrechte oder Beteiligungsrechte, die in wirtschaftliche und verwaltungsmäßige unterteilt werden.

a) Die wirtschaftlichen Teilhaberrechte sind:

- das Recht auf Unterhalt,
- das Recht auf Gewinnbeteiligung und auf Beteiligung an den mit dem Gewinn erworbenen Sachen,
- das Recht auf Beteiligung an den Betriebszuwächsen, auch hinsichtlich des Geschäftswertes.

b) Die verwaltungsmäßigen Teilhaberrechte sind:

- das Recht auf Mitentscheidung über die Verwendung der Gewinne und der Zuwächse,
- das Recht auf Mitentscheidung über die außerordentliche Geschäftsführung,
- das Recht auf Mitentscheidung über die Produktionsrichtlinien,
- das Recht auf Mitentscheidung über die Einstellung des Unternehmens.

Die verwaltungsmäßigen Teilhaberrechte oder die Mitentscheidungsrechte sind instrumental und funktional zu den wirtschaftlichen Teilhaberrechten zu sehen. Um die Beteiligung am Gewinn effektiv und konkret zu gestalten, muss man dem Familienmitglied auch das Recht einräumen, bei gewissen Entscheidungen mitwirken zu können.

Die Teilhaberrechte haben nur interne Relevanz und können nur von den mitarbeitenden Familienangehörigen gegenüber dem Unternehmer eingefordert werden.

Wenn der Unternehmer die Teilhaberrechte nicht respektiert und ohne Einbeziehung der Familienmitglieder entscheidet, können sie nicht von außenstehenden Personen, wie zum Beispiel den Gläubigern⁶¹, eingeklagt werden.

61) Ein mitarbeitendes Familienmitglied könnte sich persönlich stark verschulden und daher bewusst auf die wirtschaftlichen Beteiligungsrechte, z.B. auf eine Gewinnausschüttung verzichten. Damit wären die persönlichen Gläubiger geschädigt und könnten die allgemeine zivilrechtliche Klage des Artikel 2900 ZGB (sog. „azione surrogatoria“ oder „Klage des Gläubigers zur Geltendmachung der Rechte des Schuldners“) einreichen und anstelle des verzichtenden Familienmitgliedes den Anspruch auf Gewinnausschüttung einklagen. Die Klage des Artikel 2900 ZGB kann aber nicht immer von den Gläubigern wahrgenommen werden. Wie nämlich aus dem Wortlaut der besagten Bestimmung hervorgeht, gibt es Klagen, die von ihrer Art her nicht von den Gläubigern angestrengt werden können. Aufgrund der innerfamiliären Intimität und aufgrund der nur internen Relevanz scheinen die Teilhaberrechte gemäß Art. 230-bis ZGB, die ausdrücklich als nicht übertragbar bezeichnet sind, nicht von den Gläubigern des einzelnen Familienmitgliedes einklagbar zu sein.

4.2. Die wirtschaftlichen Teilhaber- oder Beteiligungsrechte

Aus der Feststellung, dass es sich beim Familienunternehmen um ein Einzelunternehmen handelt, ergibt sich nicht nur, dass die Familienmitglieder nach außen nicht auftreten und auch keine Befugnis zur Vertretung des Unternehmens haben, da diese Befugnis einzig und allein dem Unternehmer vorbehalten ist, sondern auch, dass sie nicht Eigentümer der Produktionsmittel und des Betriebes sind. Sie haben daher keinen realrechtlichen Anspruch auf die Betriebszuwächse, sondern nur eine schuldrechtliche Forderung auf die Auszahlung des Gegenwertes in Geld.

Natürlich ist es stets möglich, dass das Familienmitglied aus einem anderen Rechtstitel heraus (Vertrag, Schenkung usw.) zum Miteigentümer wird. Wichtig ist nur die Feststellung, dass aus dem Artikel 230-bis ZGB kein Rechtstitel auf realrechtliche Ansprüche erwächst.

Wie schon mehrfach angedeutet, verhält es sich beim Familienmitglied, das im Familienunternehmen nicht nur mitarbeitet („*collaborazione*“), sondern dieses gemeinsam mit dem Unternehmer führt („*cogestione*“), genau umgekehrt. In diesem Fall wird das Familienmitglied zum Miteigentümer der Produktionsmittel. Es bestimmt die Geschicke des Unternehmens auch in den alltäglichen Entscheidungen und in der ordentlichen Geschäftsführung mit, es haftet persönlich zusammen mit dem Unternehmen und es wird folgerichtig auch zum Miteigentümer.

Wenn das Familienmitglied der in Gütergemeinschaft lebende Ehepartner ist, so kommt Art. 177, Absatz 1, Buchstabe d) bei einem vor der Heirat gegründeten Unternehmen („*ante nuptias*“) oder Art. 177, Absatz 2 ZGB bei einem nach der Heirat („*post nuptias*“) gegründeten Unternehmen zur Anwendung, die betrieblichen Produktionsmittel fallen in die unmittelbare Gütergemeinschaft.

4.3. Das Recht auf Unterhalt

Das im Artikel 230-bis ZGB beschriebene Recht auf Unterhalt ist dasselbe Recht auf Unterhalt, von dem in den Artikeln 143, 155, 156 und 315 ZGB die Rede ist.

Allerdings ist der Betrachtungswinkel jeweils unterschiedlich. Während die Artikel 143, 155, 156 und 315 ZGB das Familienmitglied verpflichten, zum Unterhalt beizutragen, räumt Artikel 230-bis ZGB dem Familienmitglied das umgekehrte

Recht auf Erhalt des Unterhalts ein. Artikel 143, 155, 156 und 315 ZGB sprechen von der Pflicht, am Unterhalt beizutragen, Art. 230-bis ZGB vom Recht, unterhalten zu werden.

Laut Art. 230-bis ZGB wäre das Recht auf Unterhalt einzig und allein an der Vermögenslage der Familie zu messen, also nicht an der eingebrachten Arbeitsleistung und auch nicht am Bedürfnis. Dies im Gegensatz zu den wirtschaftlichen Teilhaberrechte (Gewinnbeteiligung usw.), welche die eingebrachte Arbeitsleistung zu berücksichtigen haben.

Wenn die zivilrechtliche Bestimmung rigoros angewendet würde, könnte es ohne weiteres vorkommen, dass das mitarbeitende Familienmitglied Anrecht auf eine großzügig zu bemessende Unterhaltszahlung hat, jedoch auf keine Gewinnbeteiligung. Dies wäre dann der Fall, wenn die Vermögenslage der Familie gut ist, das Unternehmen aber keine Gewinne erzielt hat. Das Recht auf Unterhalt würde unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens bestehen. Der wirtschaftliche Erfolg ist Jahr für Jahr verschieden, die Vermögenslage der Familie ist dagegen in der Regel ein konstanter Wert, der nur langsamen Veränderungen unterworfen ist. Der Unterhalt ist daher ein konstant auszubezahlender Teil, während die Gewinnbeteiligung Schwankungen unterworfen ist.

4.4. Kriterien zur Festlegung der Höhe des Unterhalts: das Konsumverhalten

Nachdem die jährlichen Gewinne bestimmt worden sind, ist laut Rechtsprechung von diesen der Unterhalt abzuziehen, den das Familienmitglied schon genossen hat.⁶²

Vom Gewinn abzuziehen sind auch die im Laufe der Jahre monatlich oder ‚una tantum‘ vorgenommenen Vorauszahlungen des Unternehmers an das Familienmitglied. Sie können als Anzahlung auf den späteren Gewinn betrachtet werden.

Gewinne können daher nur dann verteilt werden, wenn sie nicht schon vom genossenen Unterhalt „aufgesaugt“ sind, denn es könnte ja vorkommen, dass nach Abzug des Unterhalts überhaupt nichts mehr zum Verteilen übrig bleibt.

62) Vgl. Kass. 4.057/92: *“il diritto alla quota degli utili dell’impresa familiare è autonomo rispetto al diritto al mantenimento del partecipante all’impresa medesima, ma il calcolo di essi va effettuato al netto (e non al lordo) delle spese di mantenimento che gravano parimenti sul reddito d’impresa”.*

Wie bereits ausgeführt, sollte sich laut der Bestimmung des Artikel 230-bis ZGB die Höhe des Unterhalts ausschließlich nach der Vermögenslage der Familie richten. Theoretisch betrachtet scheint dies ein verständliches Bemessungskriterium, in der Praxis ist es aber mit großen Schwierigkeiten verbunden. Bei genauerem Hinsehen wird es zu nämlich zu einem sehr vagen und wenig nützlichen Kriterium. Bekanntlich ist Vermögen nicht gleich Vermögen. Es gibt nämlich Vermögen, das Renditen und Einkommen abwirft (Finanzanlagen, Mieteinnahmen usw.) und es gibt Vermögen, das niedrige oder keine Renditen abwirft. Je nach Rendite gibt es entscheidende qualitative Unterschiede zwischen den einzelnen Vermögen, die in der Berechnung des Unterhalts berücksichtigt werden sollten. Ein Vermögen mit hoher Rendite müsste nämlich zu einem höheren Unterhalt führen als ein Vermögen mit niedriger Rendite.

Die Rechtsprechung hat sich bis heute noch kaum mit der Berechnung des abzuziehenden Unterhalts ex Artikel 230-bis ZGB beschäftigt, obwohl dies ein zentraler Punkt in der Schätzung des dem Familienmitglied auszahlenden Ablösebetrages darstellt. Fest steht nur, dass das Vermögen allein kein geeignetes Berechnungskriterium ist. Man ist daher gezwungen, sich auf die Suche nach anderen Kriterien zu begeben, die sich besser für die Bemessung des Unterhalts eignen.⁶³ Auch sind die Einkommenserklärungen kein schlüssiger Anhaltspunkt für die Festlegung des abzuziehenden Unterhaltes. Aufgrund ihrer Unverlässlichkeit gelten sie in der Regel nur für die steuerlichen Zwecke. Außerhalb des Steuerwesens haben die Einkommenserklärungen keine besondere Bedeutung, sodass sie auch nicht berücksichtigt werden müssen.⁶⁴

63) Deshalb meint ein Teil der Rechtslehre auch, dass der Unterhalt nicht nur an der Vermögenslage der Familie auszurichten sei, sondern auch an der eingebrachten Arbeitsleistung. Sie argumentiert dabei, dass Artikel 230-bis ZGB die Arbeitsleistung des Familienmitgliedes schützen will und dass der Unterhalt ein Teil der Entlohnung für die erbrachte Arbeit sei (der andere Teil der Entlohnung bestünde aus dem Gewinn und den anderen wirtschaftlichen Teilhaberrechten) und somit bei der Bemessung der Höhe des Unterhalts auch die im Artikel 36 Verfassung angegebenen Kriterien zu berücksichtigen seien. Danach wäre auch der Unterhalt – genauso wie die Entlohnung - an der eingebrachten Arbeitsleistung zu bemessen, und er dürfte auf jeden Fall eine bestimmte Untergrenze nicht unterschreiten. Diese Untergrenze würde darin liegen, dass immer ein menschenwürdiges Dasein gewährleistet sein müsse.

64) Diesbezüglich ist die meist im Hinblick auf die Höhe des Unterhalts bei Scheidung erarbeitete Rechtsprechung konstant: vgl. Kass. 18.241/06, Kass. 9876/06 und Kass. 11953/95. Stellvertretend für diese Rechtsprechung sei der Lehrsatz aus dem Urteil Kass. 9806/03 angeführt: *“le dichiarazioni dei redditi, in quanto svolgono una funzione tipicamente fiscale, in una controversia relativa a rapporti estranei al sistema tributario non rivestono valore vincolante per il giudice, il quale, nella sua valutazione discrezionale, ben può disattendervi, fondando il suo convincimento su altre risultanze probatorie (fattispecie in tema di determinazione dell’assegno di divorzio).”* Im erwähnten Urteil Nr. 18.241/06 bestätigte der Kassationsgerichtshof das Urteil des erstinstanzlichen Richters, der aufgrund des Widerspruchs zwischen hohem Immobilienbestand und niedriger Einkommenserklärung letztere für unglaubwürdig gehalten und daher bei der Festlegung des Unterhalts nicht berücksichtigt hat.

Diese Punkte berücksichtigend, sei bei der Festlegung des vom Gewinn abzuziehenden Unterhalts ex Artikel 230-bis ZGB festgehalten, dass dieser sich auf die Vergangenheit bezieht, da er schon genossen worden ist. Dies im Gegensatz zu dem bei der Ehetrennung festzulegenden Unterhalt gemäß Artikel 156 ZGB, der sich auf die Zukunft bezieht. Da der abzuziehende Unterhalt schon genossen wurde, gilt es einfach den an den Tag gelegten Lebensstandard und das konkrete Konsumverhalten des Familienmitgliedes nachzuzeichnen. Es muss ein Profil des vom Familienmitglied genossenen Lebenshaltungsniveaus erstellt werden.

- 1) Am genauesten und leichtesten kann der abzuziehende Unterhalt festgelegt werden, wenn hinsichtlich des Familienbudgets Buch geführt worden ist oder die Ausgaben sonst irgendwie konkret aufgezeichnet und aufgelistet worden sind (Tagebuch usw.). Der tatsächlich und konkret genossene Unterhalt ist vom Gewinn einfach abzuziehen.

Im Gegensatz dazu ist laut Rechtsprechung für den in Zukunft zu entrichtenden Unterhalt bei Ehetrennung nicht so sehr der in der Vergangenheit konkret genossene Lebensstandard von Bedeutung, sondern der Lebensstandard, der potentiell genossen werden hätte können. Es kann ohne weiteres vorkommen, dass der genossene Lebensstil bescheidener war, als es die finanziellen und wirtschaftlichen Möglichkeiten erlaubt hätten. Anders ausgedrückt, ist der in Zukunft zu entrichtende Unterhalt bei Ehetrennung - im Gegensatz zum im Artikel 230-bis ZGB angeführten Unterhalt, der schon genossen worden ist und daher möglichst auf den Betrag genau abzuziehen ist - an den potentiellen Möglichkeiten zu bemessen.

- 2) Sind keine Aufzeichnungen vorhanden, muss erörtert werden, ob das Familienmitglied einen (a) hohen, (b) mittleren oder (c) niedrigen Lebensstandard genossen hat. Der genossene Lebensstandard kann am besten von dem an den Tag gelegten Konsumverhalten abgeleitet werden, wie Kleidungs- und Urlaubsgewohnheiten, Hobby- und Freizeitverhalten, gehaltene Fahrzeuge usw. Diese Kriterien erlauben es, einigermaßen brauchbare Rückschlüsse auf die Lebensweise zu ziehen und den von den Gewinnen abzuziehenden Unterhalt festzulegen. Bei der Nachzeichnung des Lebensstandards kann unter Umständen auch auf Mittelwerte zurückgegriffen werden, die aus den Statistiken des Landesstatistikamtes ASTAT hervorgehen.⁶⁵

65) Wenn man will, kann man in der Erstellung des Profils noch tiefer gehen und auf weitere Kriterien zurückgreifen, wie die räumliche Herkunft oder die Unternehmenskategorie. So unterscheidet sich beispielsweise das Konsumverhalten auf dem Land von jenem in der Stadt. In bäuerlichen Kreisen gibt man zum Beispiel weniger Geld für den Kauf von Gemüse und Fleisch aus als in der Stadt. Dieses unterschiedliche Konsumverhalten geht zum Teil auch aus den Quellen des Landesstatistikamtes ASTAT hervor.

Abschließend sei festgehalten, dass - anders als es die gesetzliche Bestimmung des Artikel 230-bis ZGB vermuten lässt - das Vermögen kein geeigneter Maßstab ist, um den abzuziehenden Unterhalt festzulegen. Der abzuziehende Unterhalt ist schon konkret genossen worden und daher anders zu berechnen als der für die Zukunft festzulegende Unterhalt bei der Ehetrennung, der sich an den wirtschaftlichen Möglichkeiten orientiert. Ein verlässlicher Rückschluss auf den genossenen Lebensstandard und den in der Folge abzuziehenden Unterhalt kann nur aufgrund des an den Tag gelegten Konsumverhaltens gezogen werden.

Um den vom Gewinn abzuziehenden Unterhalt festzulegen, muss erörtert werden, welchen Lebensstandard das mitarbeitende Familienmitglied in der Vergangenheit genossen hat.

Der genossene Lebensstandard kann vor allem aus dem Konsumverhalten abgeleitet werden (Kleidungs- und Urlaubsgewohnheiten, Hobby- und Freizeitverhalten, Fahrzeuge usw.). Das Vermögen und die Einkommenserklärungen sind dagegen keine geeigneten Anhaltspunkte, um den schon genossenen und daher abzuziehenden Unterhalt festzustellen. Der vom Gewinn abzuziehende und schon genossene Unterhalt ist möglichst genau nachzuzeichnen, der in Zukunft zu entrichtende Unterhalt bei Ehetrennung ist dagegen an den wirtschaftlichen und finanziellen Möglichkeiten zu bemessen, unabhängig vom in der Vergangenheit genossenen Lebensstandard.

4.5. Das Recht auf Gewinnbeteiligung

Im Unterschied zum Recht auf Unterhalt, das laut Gesetz am Vermögen zu bemessen ist, richtet sich die Beteiligung am Gewinn nach der Menge und Art der Mitarbeit, also nach der Quantität und Qualität der geleisteten Arbeit. In einem Gerichtsverfahren gilt es, diese Mitarbeit zu quantifizieren, genauer gesagt, diese mittels Schätzugutachten in einem Geldbetrag auszudrücken.

Für die Festlegung des Gewinnes hat die Rechtsprechung folgende Grundsätze herausgearbeitet:

- a) Der Gewinn ist nach dem Kriterium der Billigkeit festzulegen. Das Gesetz schreibt keinen Berechnungsschlüssel vor. Im Bereich des Hotelwesens und im Bereich der Landwirtschaft ist die Einkommenserklärung kein geeignetes Ausgangskriterium zur Festlegung der Gewinne.⁶⁶

66) Man denke nur daran, dass die Steuererklärungen in der Landwirtschaft immer noch aufgrund der Katastererträge erstellt werden und nicht nach dem realen Einkommen.

Da die meisten landwirtschaftlichen Betriebe ihre Erzeugnisse an die Genossenschaften abliefern, sind die Auszahlungspreise ein geeigneter Ausgangspunkt für die Berechnung der Gewinne. Bei Hotels kann der Gewinn nachvollzogen werden, indem man von der Bettenanzahl und den Preisen, die überall aufscheinen (Depliants, Auskunft Tourismusorganisationen usw.), den Öffnungstagen (scheint bei der Gemeinde auf) und der wahrscheinlichsten Auslastungsquote während der Hochsaison und Nebensaison ausgeht.

- b) Der Arbeit des mitarbeitenden Familienmitgliedes kann qualitativ weniger Gewicht beigemessen werden als der Arbeit des Unternehmers selbst. Zeitlich, also quantitativ, kann das Familienmitglied stärker im Unternehmen tätig sein als der Unternehmer selbst, trotzdem kann die Arbeit des Unternehmers als qualitativ hochwertiger eingeschätzt und daher prozentual höher bewertet werden. Dies deshalb, weil er im Gegensatz zum mitarbeitenden Familienangehörigen das volle Unternehmerrisiko trägt.⁶⁷
- c) Es kann sein, dass das Familienunternehmen aus steuerrechtlichen Gründen auf einem formalen Gründungsakt ruht, in welchem die Beteiligungsquoten der einzelnen Familienmitglieder festgelegt sind. Es stellt sich die Frage nach der Aussagekraft der schriftlich festgelegten Beteiligungsquoten im Zivilprozess. Ist das Gericht bei der Festlegung der Menge und Art der Mitarbeit an die vorher - meist aus steuerrechtlichen Gründen festgelegten Prozentsätzen - gebunden oder nicht? In dieser Frage hat die Rechtsprechung im Laufe der Zeit die Meinung geändert. Im Urteil Kass. 8959/92 wurde noch behauptet, dass die vorherige steuerrechtliche Festlegung der Gewinnbeteiligung überhaupt keinen Einfluss auf den Zivilprozess ausübe. Gleichzeitig wurde auch behauptet (Kass. 13390/92; Kass. 2642/90), dass eine vorher schriftlich festgelegte Gewinnbeteiligungsquote den Wert eines vom Gericht frei zu würdigenden Indizes besäße. Laut der jüngsten Rechtsprechung (Urteil Kass. 9897/2003) hat sich der Richter an die aus steuerrechtlichen Gründen schriftlich ausgewiesene Gewinnbeteiligung zu halten, wenn nichts Gegenteiliges bewiesen ist. Laut Urteil Kass. 9683/2003 reicht die vorherige schriftliche Festlegung der Gewinnbeteiligung aus, um der auf dem klagenden Familienmitglied

67) Vgl. Kass. 1917/99: Der Unternehmer haftet persönlich, während die mitarbeitenden Familienmitglieder keine Verantwortung tragen. Es besteht somit prinzipiell ein qualitativer Unterschied zwischen der Arbeit des Unternehmers und der Arbeit des Familienmitgliedes. Diesem Unterschied kann der Richter bei der Bewertung der Mitarbeit Rechnung tragen.

lastenden Beweispflicht hinsichtlich Menge und Art des Arbeitsbeitrages Genüge zu tun. Das Familienmitglied kann sich auf die schon vorher festgelegte Beteiligungsquote berufen.

Es obliegt dann dem Unternehmer zu beweisen, dass die vorher festgelegte Gewinnbeteiligung nicht den Tatsachen entspricht. Bei „faktischen Gesellschaften“ gilt dagegen eine andere Regel. Wenn das Familienmitglied also Mitunternehmer und nicht nur Mitarbeiter ist, kann die gesetzliche Vermutung der Gewinnbeteiligung gemäß Art. 5, Absatz 2 TUIR zu gleichen Teilen angewendet werden.

Wird im Prozess nichts anderes bewiesen, teilt das Gericht die Gewinne zu gleichen Teilen auf.

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass die Beweislast folgendermaßen verteilt ist:

- im Regelfall ist das die Gewinne einklagende Familienmitglied beweispflichtig. Gemäß dem Prinzip des Art. 2697 ZGB muss das auf die Ausschüttung der Gewinne pochende Familienmitglied beweisen, dass es im Unternehmen gearbeitet hat und wie viel es dort gearbeitet hat. Dies gilt, wenn kein schriftlicher Gründungsvertrag abgeschlossen wurde.
- Es kommt jedoch zur Umkehr der Beweispflicht, wenn vorher die Gewinne schriftlich festgelegt worden sind. In diesem Fall hat das die Gewinne einfordernde Familienmitglied seiner Beweispflicht Genüge getan, wenn es die schriftliche Vereinbarung hinterlegt. Es obliegt dem beklagten Unternehmer zu beweisen, dass die vorher vereinbarte Beteiligung nicht der Realität entspricht, weil das Familienmitglied entweder nie im Unternehmen gearbeitet hat oder weil es im Unternehmen weniger gearbeitet hat, als aus der Vereinbarung hervorgeht.

Bei der faktischen Gesellschaft kommt dagegen die Vermutung zur Anwendung, dass die Gewinne zu gleichen Teilen erwirtschaftet worden sind.

- d) Das Familienmitglied nimmt beschränkt am Unternehmensrisiko teil. „Beschränkt“ deshalb, weil es nicht mit dem persönlichen Vermögen gemeinsam mit dem Unternehmen haftet. Im schlechtesten Fall hat es keinen Anspruch auf Ausschüttung von Gewinnen, es beteiligt sich aber nicht an den Verlusten des Unternehmens.

Dies im Gegensatz zu dem als Mitunternehmer tätigen Familienmitglied oder zum Unternehmer selbst, welche voll am Unternehmensrisiko teilnehmen und mit dem persönlichen Vermögen mithaften.

Dies auch im Gegensatz zu dem im Angestelltenverhältnis arbeitenden Familienmitglied, das überhaupt nicht am Unternehmensrisiko teilnimmt. Von dieser verschiedenartigen Gewichtung des Risikos ausgehend, hat

es der Kassationsgerichtshof für nicht richtig befunden⁶⁸, wenn bei der Berechnung der Ausschüttung der Gewinne Bezug auf den kollektivvertraglichen Mindestlohn genommen wird. Die Gewinnbeteiligung ist zwar nach Billigkeit festzulegen und bei der Berechnung der Gewinne kann das Gericht die unterschiedlichsten Maßstäbe anwenden, es muss dabei aber dem grundsätzlichen Unterschied zwischen dem risikolosen Angestellten und dem risikobehafteten Mitarbeiter Rechnung tragen.

Es kann nicht den Tariflohn des Angestellten als Maßstab für die Festlegung des Gewinnes heranziehen.

Ein Analogieschluss, der die Mitarbeit mit einem untergeordneten Arbeitsverhältnis vergleicht, wäre nicht zulässig.

- e) Vom festgestellten Gewinn ist der Unterhalt abzuziehen. Es kann sein, dass - nachdem der Unterhalt abgezogen worden ist - vom Gewinn nur wenig übrig bleibt und daher nicht mehr viel auszuzahlen ist. Der Unterhalt kann auch zur Gänze den Gewinn aufsaugen.

Dabei ist zu bemerken, dass nicht nur der Unterhalt des die Beteiligung einklagenden Familienmitgliedes in die Berechnung einfließt, sondern der Unterhalt aller auf dem Unternehmen lastenden Familienmitglieder: Es ist der Unterhalt für die gesamte Familie und für alle im Unternehmen mitarbeitenden Familienangehörigen zu berücksichtigen.

Nur das, was dann noch übrig bleibt, kann verteilt werden.

- f) Das Familienmitglied hat zwar ein Mitentscheidungsrecht über die Verwendung des Gewinnes, der damit erworbenen Sachen und der Zuwächse, dieses Mitentscheidungsrecht wirkt aber nur im Innenverhältnis gegen den Unternehmer, ist also nur theoretischer Natur. Wenn der Unternehmer dieses Recht missachtet und alleine Entscheidungen trifft, kann das übergangene Familienmitglied nicht die Nichtigkeitsklage einklagen, sondern nur den entstandenen Schaden, der auch nur dann entsteht, wenn die Entscheidung sich negativ auf das Unternehmen selbst ausgewirkt hat, nicht auf das übergangene Familienmitglied.

Es gibt keinen direkten Schutz. Die Herabwürdigung dieses und der anderen Mitspracherechte ist eine logische Schlussfolgerung, die es zu ziehen gilt, wenn das Familienunternehmen weiterhin als ein Einzelunternehmen und nicht als ein kollektives Unternehmen betrachtet wird.

Die Mitbestimmungsrechte sind nur interne Forderungsrechte gegenüber dem Unternehmer.

68) Vgl. Kass. 11.332/99 und Kass. 13.390/92.

4.6. Der Zeitpunkt der Ausschüttung der Gewinne und ihre Aufwertung

Vorab sei festgehalten, dass das Recht auf die Ausschüttung der Gewinne nicht eingeschränkt werden kann. Es besteht immer, unabhängig vom Grund des Ausscheidens des Familienmitgliedes aus dem Unternehmen. Das Familienmitglied kann unter Umständen auch aus einem triftigen Grund aus dem Unternehmen ausgeschlossen werden, das Recht auf die Auszahlung der miterwirtschafteten Gewinne verliert es nicht. Dies geht aus dem 4. Absatz des Artikel 230-bis ZGB hervor, der lautet: „... *Dieses Recht kann bei Beendigung der Arbeitsleistung aus welchem Grund auch immer...abgelöst werden.*“

In diesem Sinne ist zwischen dem Recht auf die Ausbezahlung der wirtschaftlichen Teilhaberrechte und der Abfertigung eine bestimmte Ähnlichkeit gegeben. Die Abfertigung steht nämlich auch dann noch zu, wenn der Arbeitnehmer aus einem berechtigten oder triftigen Grund entlassen worden ist.

Dies vorausgeschickt, sei grundsätzlich festgehalten, dass auf die Mitarbeit im Familienbetrieb die Regelung des Artikel 429, 3. Absatz ZPO Anwendung findet, unter welche alle Arten von Entlohnung im weitesten Sinne für Arbeitsleistungen fallen. Die Mitarbeit im Familienbetrieb gilt als eine besondere Form der Mitarbeit ex Artikel 409 ZPO, und die Gewinne sind mit der Entlohnung für die erbrachte Arbeitsleistung vergleichbar.

Lohnforderungen, inklusive die Forderungen auf Gewinnausschüttung, sind zwar Forderungen in Geld, sie sind aber dem nominalistischen Prinzip des Art. 1277 ZGB entzogen. Sie werden wie eine wertgesicherte Forderung behandelt und sind daher - im Gegensatz zu den Geldforderungen - nicht nur aufzuzinsen, sondern zuerst aufzuwerten und erst dann aufzuzinsen.⁶⁹

Dies geklärt, gilt es nun den Zeitpunkt, zu welchem das Recht auf die Ausschüttung der Gewinne anreift, festzulegen. Denn ab diesem Zeitpunkt sind die Gewinne auch aufzuwerten.

Ein Beispiel soll die Wichtigkeit der Festlegung dieses Zeitpunktes verdeutlichen.

Angenommen, das Familienmitglied hat von 1986 (Zeitpunkt des Beginnes der Mitarbeit) bis 2006 (Zeitpunkt des Austritts) im Unternehmen gearbeitet, ohne jemals einen Gewinn ausgeschüttet bekommen zu haben. Es klagt nun gerichtlich die Nachzahlung ein. Sieht man von der Frage der Verjährung ab, die

69) Dies ist in der Rechtsprechung unbestritten: vgl. ex multis Kass. 6298/88. In diesem Sinne auch Urteil Nr. 38/2001 der Vereinigten Abteilungen des Kassationsgerichtshofes.

im Prozess nicht immer eingeredet wird, wären somit Gewinne nachzuzahlen, die das Unternehmen unter Umständen schon vor zwanzig Jahren und länger erwirtschaftet hat.

Es ergibt sich nun ganz konkret die Frage, wann – um beim konkreten Beispiel zu bleiben - der im Geschäftsjahr 1986 erwirtschaftete Gewinn dem Familienmitglied auszubezahlen gewesen wäre.

Am Ende des Geschäftsjahres 1986 oder erst zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Unternehmen im Jahr 2006? Andersherum gefragt, hat das Familienmitglied Recht auf eine periodische, also jährliche Ausschüttung der Gewinne oder greift das Recht auf Gewinnausschüttung erst am Ende, wenn es das Unternehmen verlässt?

Die Beantwortung dieser Frage hat bedeutende praktische Auswirkungen.

Wenn die Gewinne nämlich erst ab dem Moment des Ausscheidens aus dem Familienunternehmen auszubezahlen sind, sind sie erst ab diesem Moment aufzuwerten, im konkreten Fall ab dem Jahr 2006.

Wenn sie jedoch jährlich und periodisch auszuschütten sind, erfolgt die Aufwertung ab dem Zeitpunkt, zu welchem die Ausschüttung erfolgen hätte müssen. Im konkreten Fall, zu Ende jeden Jahres ab dem Jahr 1986. Von 1986 bis 2006 hat das Geld allerdings eine Entwertung von 129,3% erfahren. Es ist somit wichtig zu wissen, ab wann die im Jahr 1986 erwirtschafteten Gewinne aufzuwerten sind.

Die Rechtsprechung liefert auf diese Frage folgende Antwort: Die Aufwertung der Gewinne beginnt im Moment des Auflösens des Familienunternehmens oder im Moment des Ausscheidens des Familienmitgliedes aus dem Familienunternehmen.⁷⁰

Dies ist nämlich der Zeitpunkt, ab welchem das Familienmitglied im Sinne des vierten Absatzes des Art. 230-bis ZGB das Recht auf Ablösung seiner wirtschaftlichen Teilhaberrechte in Geld geltend machen kann. Erst in diesem Moment wird die Forderung fällig.

Die Gewinne sind ausnahmsweise nur dann jährlich ab dem Datum ihrer Erwirtschaftung aufzuwerten, wenn dies ausdrücklich festgelegt ist. So könnte im formalen Gründungsakt des Familienunternehmens festgehalten sein, dass die Gewinne jährlich auszuschütten sind. In diesem Fall erfolgt die Aufwertung ab dem Zeitpunkt, zu welchem die Ausschüttung geschehen hätte müssen.⁷¹

70) Vgl. Kass. 11.921/99, Kass. 11.332/99, Kass. 4057/92 und Kass. 4650/92.

71) In diesem Sinne Kass. 4.057/92 und Kass. 13390/92.

Nachdem das Problem geklärt ist, ab wann die Gewinne aufzuwerten sind, sei zuletzt noch auf die Frage eingegangen, bis zu welchem Zeitpunkt die dem Familienmitglied zustehende Ablösesumme aufzuwerten ist. Bis zum Zeitpunkt des Urteils oder bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Zahlung?

Im ordentlichen Zivilstreitverfahren hat bei wertgesicherten Forderungen (klassisches Beispiel: Schadensersatzforderung) die Geldaufwertung vom Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung (z.B.: Tag des Autounfalls) bis zum Urteil zu erfolgen. Auf dem laufend aufgewerteten Betrag sind die Zinsen geschuldet.

Mit dem Urteil erfolgt die Umwandlung der wertgesicherten Forderung („*debito di valore*“) in eine klassische Geldschuld („*debito di valuta*“) und auf die bis zum Datum des Urteils angefallene Forderung sind nur mehr die Zinsen geschuldet.⁷²

Die arbeitsrechtliche Forderung ist dagegen einer anderen Regelung unterworfen. Die Aufwertung der Forderung erfolgt ab Fälligkeit bis zum Saldo, also bis zur Zahlung oder Erfüllung. Die Aufwertung geht somit nach dem Erlass des Urteils weiter, da mit dem Urteil nicht die Umwandlung von einer wertgesicherten Forderung in eine Geldschuld erfolgt.⁷³

Natürlich sind bis zur Zahlung auch die Zinsen auf der progressiv aufgewerteten Forderung geschuldet.

Bei gleicher Anfangsforderung erhält somit das mitarbeitende Familienmitglied am Ende einen höheren Betrag ausbezahlt, weil die Aufwertung bis zur effektiven Zahlung vorzunehmen ist, welche oft erst lange Zeit nach dem Erlass des Urteils erfolgt.

Dies ist eine Folge der für den Arbeitnehmer vorteilhaften Bestimmung des Artikel 429, 3. Absatz ZPO, die seine Forderungen bis zum Ende ‚wertsichert‘.

72) Vgl. Ver.Abt.Kass.1712/95.

73) In diesem Sinne Ver.Abt.Kass. 38/2001 unter Buchstabe B) der Begründung: „... *gli interessi legali non debbono essere calcolati sul capitale rivalutato da ultimo ma la rivalutazione va compiuta con scadenza periodica dal momento dell'inadempimento fino a quello del soddisfacimento del creditore*“. Idem Kass. 12.023/2003.

Das Recht auf Auszahlung der Gewinne und der wirtschaftlichen Teilhaberrechte geht nicht verloren, auch wenn das Familienmitglied aus einem berechtigten Grund aus dem Unternehmen ausgeschlossen worden ist. Wenn die Familienmitglieder keine andere Vereinbarung getroffen haben, greift die zivilrechtliche Bestimmung des 4. Absatzes des Artikel 230-bis ZGB, laut welcher die Ablösung der Teilhaberrechte in Geld bei Beendigung der Arbeitsleistung, also beim Ausscheiden aus dem Unternehmen, erfolgt. Ab diesem Zeitpunkt ist die Forderung fällig und auch aufzuwerten. Die Gewinne sind somit nicht ab dem Zeitpunkt ihrer Erwirtschaftung aufzuwerten. Der Zeitpunkt der Erwirtschaftung des Gewinns und jener der Fälligkeit der Forderung sind nämlich verschieden. Eine Ausnahme ist für den Fall vorgesehen, dass die Familienmitglieder ausdrücklich (etwa im Gründungsakt des Familienunternehmens) festgelegt haben, dass die Gewinne jährlich auszuschütten sind. Nur in diesem Fall sind die erwirtschafteten Gewinne am Ende jedes einzelnen Geschäftsjahres fällig und daher auch Jahr für Jahr aufzuwerten. Nur in diesem Fall ist der Zeitpunkt der Erwirtschaftung des Gewinns auch mit jenem der Fälligkeit der Forderung identisch. Im Gegensatz zum ordentlichen Zivilstreitverfahren, wo die Aufwertung nur bis zum Datum des Urteils erfolgt, sind die Gewinne, genauso wie jede andere Lohnforderung, bis zum Zeitpunkt der Zahlung („Saldo“) aufzuwerten.

4.7. Die Aufzinsung der Gewinne

Wie eben dargelegt, sind die wirtschaftlichen Teilhaberrechte aufzuwerten, weil sie wertgesicherte Forderungen sind. Wenn nichts anderes bestimmt wurde, beginnt die Aufwertung im Moment des Ausscheidens des Familienmitgliedes aus dem Unternehmen und nicht zum Zeitpunkt der Erwirtschaftung der Gewinne. Die Aufwertung erfolgt bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Zahlung.

Nachdem die Gewinne aufgewertet sind, sind sie auch noch mit den Kompensationszinsen zu versehen.

Die Kompensationszinsen sind eine Form des Gewinnentganges („*lucrum cessans*“), der entsteht, weil der Unternehmer dem Familienmitglied in der Regel nicht sofort bei Fälligkeit den Ablösebetrag ausbezahlt. Das Familienmitglied hat den ihm geschuldeten Geldbetrag bei Fälligkeit der Forderung zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Unternehmen nicht sofort zur Verfügung. Die Ablösesumme steht in der Regel noch in der Verfügbarkeit des Unternehmers, der sie dem Familienmitglied erst lange nach dem Ausscheiden aus dem Unternehmen ausbezahlt.

Im Jahr 1994 wurde die Kumulierung der Aufwertung und Aufzinsung gesetzlich verboten.

Art. 22, Absatz 36 des Gesetzes Nr. 724/94 dehnte das im Pensionswesen geltende Kumulierungsverbot auf die Lohn- und Arbeitsforderungen aus. Somit waren nur mehr abwechselnd entweder die Aufwertung oder die Zinsen zu entrichten, je nachdem, welches der höhere Betrag war.

Das Kumulierungsverbot wurde ursprünglich durch Artikel 16, Absatz 6 Gesetz 412/91 eingeführt und zwar beschränkt auf die Pensionen. Dies deshalb, weil die Pensionsversicherungsanstalt INPS-NISF in den Jahren zuvor große Summen an neu berechneten Pensionen zurückzahlen musste und jeder zurück zu bezahlende Betrag zuerst aufgewertet wurde und dann noch aufgezinste. Zum damaligen Zeitpunkt gab es noch hohe Inflationsraten, und der gesetzliche Zinsfuß betrug noch 10%.

Das Kumulierungsverbot wurde erst wieder mit dem Urteil Nr. 459/2000 des Verfassungsgerichtshofes aufgehoben. Beschränkt auf die Arbeitsverhältnisse im privaten Sektor, Familienunternehmen also inbegriffen, ist somit die Kumulierung zwischen Aufwertung und Zinsen wieder möglich.

In der Rechtsprechung wurde lang gestritten, auf welchen Betrag die Kompensationszinsen zu berechnen seien.

Ein Beispiel möge wiederum den Sachverhalt verdeutlichen: Die Mitarbeit im Unternehmen wurde im Jahr 1986 begonnen und Ende des Jahres 2000 beendet.

Da das Recht auf Ausschüttung ab Beendigung der Mitarbeit anreift, sind die im Laufe der 14 Jahre erwirtschafteten Gewinne zusammenzuzählen und ab dem Jahr 2001 aufzuwerten, und zwar mit jenem im Artikel 150 der Durchführungsbestimmungen zur ZPO angeführten Index.⁷⁴

Gemäß Urteil der Vereinigten Abteilungen des Kassationsgerichtshofes Nr. 38/2001⁷⁵ sind auch die Kompensationszinsen ab dem Datum der Beendigung der Mitarbeit zu berechnen, und zwar nicht auf den gesamten schon aufgewerteten Betrag und auch nicht auf den reinen Kapitalbetrag, sondern auf den laufend aufzuwertenden Betrag. Da die Aufwertung Tag für Tag, also progressiv anreift, sind auch die Kompensationszinsen auf den Tag für Tag neu aufgewerteten Betrag zu berechnen.

Um die Rechnung zu vereinfachen, wird in der Regel im gerichtlichen Urteil festgelegt, ob die Kompensationszinsen auf den monatlich, vierteljährlich oder

74) Es ist dies der ISTAT Preisindex für die gleitende Lohnskala der Arbeitnehmer in der Industrie. Die gleitende Lohnskala (sog. „*scala mobile*“) wurde mit dem Protokoll vom 31.7.92 zwischen Regierung und Sozialpartner abgeschafft. Daraufhin wurde mit Gesetz Nr. 449/97 (Artikel 54) auch der Index für die gleitende Lohnskala ab dem 1.1.98 abgeschafft und durch den ISTAT Index der Verbraucherpreise für Haushalte von Arbeitern und Angestellten ersetzt.

75) Das Urteil Nr. 38/2001 überträgt mit kleinen Abänderungen die schon im Urteil Nr. 1712/95 festgelegten Prinzipien des ordentlichen Zivilstreitverfahrens auf die arbeitsrechtlichen Lohnforderungen.

halbjährlich aufgewerteten Betrag berechnet werden müssen oder gar nur auf den jährlich aufgewerteten Betrag.⁷⁶

4.8. Das Recht auf Beteiligung an den mit den Gewinnen erworbenen Sachen und an den Betriebszuwächsen

Anstatt ausgeschüttet zu werden, können die Gewinne in den Erwerb von beweglichen und unbeweglichen Sachen, auch Immobilien und immaterielle Sachen, zurückfließen.

Für die mit dem Gewinn erworbenen Sachen und die Zuwächse gilt:

- a) In erster Linie sind laut Artikel 230-bis ZGB die mit dem „Gewinn erworbenen Sachen“ von den „Zuwächsen“ zu unterscheiden. Während Artikel 177 (2. Absatz) beim ehelichen Unternehmen nur eine Zweiteilung zwischen (1) Gewinn und (2) Zuwächsen macht, macht Artikel 230-bis ZGB beim Familienunternehmen eine Dreiteilung zwischen (1) Gewinn, (2) mit dem Gewinn erworbene Sachen und (3) Zuwächsen. Dabei gilt es festzuhalten, dass das Reformgesetz des Familienrechts aus dem Jahr 1975 nicht immer kohärent mit der Rechtsterminologie war. Vor allem ist der Begriff „Zuwachs“, wie er in den Bestimmungen über die Gütergemeinschaft gebraucht ist (Artikel 177 u. ff. ZGB), viel weiter ausgelegt, als er im Art. 230-bis ZGB gebraucht ist.

Im Artikel 177 (2. Absatz) ist unter dem Begriff „Zuwachs“ nicht nur die Wertsteigerung des Betriebes gemeint, sondern auch „die erworbene Sa-

76) Die eben erläuterte Handhabung ist die im Arbeitsprozess am häufigsten verwendete Berechnungsmethode der Kompensationszinsen. Im ordentlichen Zivilstreitverfahren gibt es auch noch andere Berechnungsmethoden, auf die das Urteil Nr. 3871/2004 des Kassationsgerichtshofes eingeht. Hier ein Auszug aus der Begründung des Urteils: *„la presunzione di danno da lucro cessante per ritardato pagamento nei debiti di valore, è correlata esclusivamente all'impiego, mediamente remunerativo, del denaro, in ipotesi suscettibile di offrire una utilitas superiore, in termini percentuali, al tasso di rivalutazione. Il riconoscimento degli interessi costituisce, in tale ipotesi una mera modalità liquidatoria, cui è consentito al giudice di fare ricorso con il limite costituito dall'impossibilità di calcolare gli interessi sulle somme integralmente rivalutate dalla data dell'illecito. Non è, invece, inibito al giudice riconoscere interessi anche al tasso legale su somme progressivamente rivalutate, ovvero sulla somma integralmente rivalutata, ma da epoca intermedia, ovvero, sempre sulla somma rivalutata e con decorrenza dalla data del fatto ma con un tasso medio di interesse, in modo da tenere conto che essi decorrono su una somma che inizialmente non era di quella entità che si è solo progressivamente adeguata a quel risultato finale, ovvero di non riconoscerli affatto, in relazione a parametri di valutazione costituiti dal tasso medio di svalutazione monetaria e dalla redditività media del denaro nel periodo considerato.“*

che“.⁷⁷ Im Artikel 230-bis ZGB wird dagegen zwischen „Zuwachs“ und einer „mit dem Gewinn erworbenen Sache“ unterschieden, sodass der Begriff „Zuwachs“ nur auf die Wertsteigerung des Unternehmens bezogen ist.⁷⁸

- b) Ein Recht auf Beteiligung besteht nur an jenen Sachen, die mit den Gewinnen erworben wurde, also nicht an jenen Sachen, die nicht mit den Gewinnen erworben wurden. Wenn die Sache fremdfinanziert worden ist (z.B.: Bankdarlehen usw.) und die Rückzahlung durch das Unternehmen getätigt wird und sich auf den Unternehmensgewinn der nachkommenden Jahre negativ auswirkt, so ist die Sache bei der Schätzung der Ablösesumme zu berücksichtigen. Wenn auch indirekt und zeitverzögert, ist die Sache nämlich trotzdem mit dem Gewinn finanziert worden.⁷⁹

77) Artikel 177 ZGB lautet (Gegenstand der Gütergemeinschaft):

„Gegenstand der Gütergemeinschaft bilden:

1. (omissis)

2. *Handelt es sich um Betriebe, die einem der Ehegatten bereits vor der Eheschließung gehört haben, aber von beiden geführt werden, umfasst die Gütergemeinschaft nur die Gewinne und Zuwächse.*“ Artikel 178 ZGB lautet (Dem Betrieb des Unternehmers gewidmete Sachen):

„Sachen, die dem Betrieb eines nach der Eheschließung gegründeten Unternehmens gewidmet sind, und die Zuwächse eines auch vorher gegründeten Unternehmens gelten nur dann als Gegenstand der Gütergemeinschaft, wenn sie sie im Zeitpunkt der Auflösung noch vorhanden sind.“ Der Begriff „Zuwachs“ hat in diesen beiden Bestimmungen eine weitgreifende, doppelte Bedeutung, eine materielle und eine rechnerische. Zum einen versteht man darunter ganz einfach die Wertsteigerung des Betriebes (rechnerische Bedeutung). Zum anderen versteht man darunter auch die erworbenen Sachen (materielle Bedeutung).

Um die Angelegenheit noch komplizierter zu gestalten, ist zwischen Artikel 177 (Buchstabe d und 2. Absatz) und Artikel 178 ZGB nochmals eine Unterscheidung zu treffen:

a) Artikel 177 ZGB bezieht sich auf das von den Eheleuten gemeinsam geführte Unternehmen, also auf das eheliche Unternehmen, das entweder vor der Heirat (2. Absatz) oder nach der Heirat (1. Absatz, Buchstabe d) gegründet worden ist. In die unmittelbare Gütergemeinschaft fallen dabei alle Zuwächse, unabhängig von deren Zweckbestimmung. Der Begriff „Zuwachs“ ist natürlich in seiner doppelten Bedeutung zu verstehen und bezieht daher die erworbene Sache ein.

b) Artikel 178 ZGB bezieht sich nur auf das von einem Ehegatten geführte Unternehmen. In die verzögerte Gütergemeinschaft („comunione de residuo“) fallen nur jene Zuwächse, die dem Unternehmen zweckdienlich sind und bei Auflösung der Gütergemeinschaft übrig bleiben. Auch hier ist der Begriff „Zuwachs“ wiederum in seiner doppelten Bedeutung zu verstehen und bezieht daher die erworbene Sache ein. Zum Begriff „Zuwachs“: s. Kass. 18456/05, Kass. 9355/97, Kass. 4533/97 und Kass. 11280/96.

78) Der Begriff „Zuwachs“ ist nicht mehr in seiner doppelten Bedeutung zu verstehen (Wertzuwachs und erworbene Sachen), sondern nur mehr in seiner einfachen, rechnerischen Bedeutung. Unter „Zuwachs“ ist einfach nur der Wertzuwachs des Betriebes zu verstehen und nicht auch die erworbene Sache. Hinsichtlich der Schätzung der Teilhaberrechte ist die Unterscheidung zwischen „Zuwachs“ und mit „dem Gewinn erworbene Sachen“ eher zweitrangig. Da beide in der Berechnung des Ablösebetrages zu berücksichtigen sind, müssen sie sie vom Gutachter nicht getrennt geschätzt werden, um dann wieder zusammengezählt zu werden. Sie können auch zusammen geschätzt werden.

79) S. auch: II. Teil, Punkt 2.2.

- c) Das Beteiligungsrecht besteht auf allen mit den Gewinnen erworbenen Sachen, unabhängig davon, ob die erworbene Sache betrieblichen oder privaten Zwecken (z.B.: Ferienwohnung) zugeführt wird. Wenn mit den Gewinnen eine Immobilie gekauft wird, hat das mitarbeitende Familienmitglied immer ein Anrecht auf Ausschüttung des Gegenwertes, unabhängig von der Zweckbestimmung der Immobilie. Dies zum Unterschied der Bestimmungen, die den Vermögensstand der Gütergemeinschaft zwischen den Eheleuten regeln. Bei der Festlegung der „*comunione de residuo*“ des Artikel 178 ZGB ist zum Beispiel die Festlegung der Zweckbestimmung sehr wohl wichtig. Denn in die verzögerte Gütergemeinschaft fallen nur jene Sachen, die dem Betrieb gewidmet waren.
- d) Es stellt sich die Frage, ob das mitarbeitende Familienmitglied beweisen muss, dass die Sache mit den Gewinnen erworben wurde oder –umgekehrt- der Unternehmer, dass die Sache nicht mit den Gewinnen erworben worden ist?

Die Rechtsprechung ist noch nicht zu einer einheitlichen Auffassung gelangt. Ein Teil der Rechtsprechung behauptet, dass eine Vermutung „*juris tantum*“ bestehe, laut welcher davon ausgegangen werden könne, dass die während des Bestehens des Familienunternehmens erworbenen Sachen, auch die privaten Immobilien, die nicht dem Unternehmen gewidmet sind, mit den Gewinnen erworben wurden.⁸⁰

Wenn es diese Vermutung tatsächlich geben würde, hätte dies relevante Auswirkungen auf die Beweislast im Prozess. Wenn man nämlich davon ausgeht, dass die Gewinne in der Regel wieder ins Unternehmen zurückfließen, muss das mitarbeitende Familienmitglied im Prozess nicht mehr bei jeder einzelnen Sache beweisen, dass sie mit den Gewinnen des Unternehmens erworben worden ist. Der Beweis ist nämlich nicht leicht zu führen. Sollte es eine solche Vermutung geben, besteht an Sachen, die während der Mitarbeit im Unternehmen erworben wurden, ein Recht auf Auszahlung des Gegenwertes, ohne dass das Familienmitglied eigens beweisen muss, dass die Sachen tatsächlich mit den Gewinnen erworben worden sind.

Ein anderer Teil der Rechtsprechung behauptet dagegen⁸¹, dass keine solche

80) In diesem Sinne Kass. 11.921/99: *“Il diritto agli utili dell’impresa familiare...è condizionato dai risultati raggiunti dall’azienda, essendo poi gli stessi utili naturalmente destinati (salvo il caso di diverso accordo) non alla distribuzione tra i partecipanti ma al reimpiego nell’azienda o nell’acquisto di beni... .”* In diesem Sinne auch Kass. 15.298/05.

81) Es sind dies meist Urteile älteren Datums. So zum Beispiel Kass. 3812/88: *“sia per le comunioni tacite familiari...sia per l’impresa familiare disciplinata dall’art. 230-bis CC...non è configurabile alcuna presunzione che il denaro per l’acquisto di un immobile compiuto da un partecipante in nome proprio in costanza di comunione provenga dagli utili tratti dall’attività economica comune...”* In diesem Sinne auch Kass. 9119/99.

Vermutung besteht und daher keine Beweislastumkehr gegeben ist. Das klagende Familienmitglied muss gemäß den allgemeinen Beweisregeln bei jeder Sache nachweisen, dass sie mit den Gewinnen erworben worden ist. Ansonsten steht ihm nicht der Gegenwert in Geld zu.

e) Das Familienmitglied hat keinen realrechtlichen Anspruch auf die mit dem Gewinn erworbenen Sachen und Zuwächse.⁸² Wie schon mehrfach ausgeführt, kann es nur eine schuldrechtliche Forderung auf Auszahlung des Gegenwertes, gemessen an der eingebrachten Arbeitsleistung, geltend machen. Dies zum Unterschied des ehelichen Unternehmens, also des gemeinsam geführten Unternehmens, bei dem die Zuwächse sofort „*ex lege*“ mit realrechtlicher Wirkung in die unmittelbare Gütergemeinschaft im Sinne des Artikel 177 ZGB fallen.

4.9. Das Recht auf Mitentscheidung

Wie bereits vorweggenommen, bestehen die verwaltungsmäßigen Teilhaberrechte aus dem Recht, an gewissen Entscheidungen teilnehmen zu dürfen. Die Mitentscheidungsrechte sind als instrumentelle Rechte zu den wirtschaftlichen Teilhaberrechten zu rechnen. Es nützt dem Familienmitglied nämlich wenig, wenn ihm ein Recht auf die Gewinne zugesprochen wird, es allerdings nicht mitentscheiden darf, ob Gewinne auszuschütten sind.

Wie aus den parlamentarischen Berichten hervorgeht, überlegte man sich im Jahr 1975 bei der Abfassung des Art. 230-bis ZGB, nach welchem Prinzip die gemeinsamen Entscheidungen zu treffen seien. Man war noch voller guter Vorsätze und war – ganz dem damaligen antiautoritären Zeitgeist entsprechend – dem „demokratischen“ Unternehmensgedanken verfallen.

Es standen mehrere Modelle zur Diskussion.

Anfänglich wollte man das demokratische Element auf die Spitze treiben und das Modell der „einvernehmlichen Entscheidung“ einführen. Die wichtigsten Entscheidungen seien von allen Familienmitgliedern und dem Unternehmer gemeinsam zu treffen. Dieses Modell wurde jedoch sehr bald fallen gelassen, da es die völlige Immobilität des Unternehmens zur Folge gehabt hätte.

82) Ein Teil der Rechtslehre behauptet nämlich, dass ein realrechtlicher Anspruch auf die mit dem Gewinn erworbenen Sachen bestehe. Diesen leitet sie vom Recht auf Mitentscheidung ab. Es sei nämlich unlogisch, dass das Familienmitglied einerseits mitentscheiden könne, wie die Gewinne und die Sachen zu verwenden seien, andererseits aber nur eine obligationsrechtliche Forderung geltend machen könne.

Es kam also nur mehr ein Modell der Mehrheitsentscheidung in Frage, wobei sich das genossenschaftliche Modell der Mehrheit nach Köpfen gegenüber dem im Gesellschaftsrecht verwendeten kapitalistischen Modell der Mehrheit nach Quoten durchsetzte. Große Entscheidungen der außerordentlichen Geschäftsführung sollten der mehrheitlichen Entscheidung nach Köpfen unterliegen. Dies war sicher eine gravierende Beschränkung der Entscheidungsbefugnisse des Familienoberhauptes, dessen Stimme plötzlich nur mehr genauso viel zählte, wie jene seines mitarbeitenden Sohnes. Es entsprach aber dem demokratischen Unternehmensmodell, das dem Parlament damals vorschwebte.

Kaum war der Artikel verabschiedet, wurde dieses Modell sofort in Frage gestellt. Um das Recht auf Mitentscheidung richtig zu verstehen, sei nochmals auf die zwei verschiedenen und konträren Auslegungsmöglichkeiten verwiesen, die um die Gunst des Juristen nach Verabschiedung der Bestimmung des Artikel 230-bis ZGB buhlten.

Auf der einen Seite gab es die progressive Auslegung, die sicherlich den Absichten des Gesetzgebers am nächsten stand. Sie betonte den Einbruch der demokratischen Rechte in die Welt der Wirtschaft, verkörpert durch das Familienunternehmen. Die Familienmitglieder stiegen zu Mitunternehmern auf. Es war dies die Theorie des Familienunternehmens als ein kollektives Unternehmen. Die Mitbestimmungsrechte bei der außerordentlichen Geschäftsführung, bei der Verwendung der Gewinne und über die Ausrichtung des Unternehmens wurden hervorgehoben. Bei gewissen Entscheidungen sei nur mehr nach Köpfen abzustimmen, die Stimme des Familienoberhauptes zählte nicht mehr als die Stimme der anderen Familienmitglieder. Wenn das Familienoberhaupt eigenmächtige Entscheidungen traf und die Mitbestimmungsrechte nicht beachtete, so konnte das Familienmitglied die Entscheidung anfechten und für nichtig erklären lassen.

Auf der anderen Seite beharrte die konservative Theorie immer noch auf dem Standpunkt, dass das Unternehmen weiterhin ein hierarchisch strukturiertes Einzelunternehmen blieb, in welchem nur das als Unternehmer tätige Familienoberhaupt das Sagen hatte. Die Mitbestimmungsrechte waren ein Dorn im Auge, sie waren zu relativieren und zu untergraben. Nach dieser Auffassung wirkte das Recht auf Mitentscheidung nur nach innen, es war nicht viel mehr als eine Aufforderung an den Unternehmer, die Familienmitglieder bei gewissen Entscheidungen mit einzubeziehen.

Wenn das Familienoberhaupt eigenmächtig Entscheidungen traf, ohne Einbeziehung der Familienmitglieder und deren Mitbestimmungsrechte nicht beachtete, so konnte laut dieser Theorie das Familienmitglied zwar auf Schadensersatz klagen, die vom Oberhaupt getroffene Entscheidung blieb aber aufrecht.

In der Rechtsprechung setzte sich diese konservative Theorie durch⁸³, erstens weil man den Familienmitgliedern nicht das Risiko des Mitunternehmers aufbürden wollte und zweitens, weil das „demokratisch“ geführte Unternehmen nicht überlebensfähig ist und eine Utopie bleibt.

So steht zum Beispiel im Art. 230-bis ZGB, dass die Entscheidung über die Einstellung des Unternehmens gemeinschaftlich getroffen werden muss. In der Rechtsprechung wurde dies dann so ausgelegt, dass diese gemeinschaftliche Entscheidung nicht die Einstellung der Tätigkeit des Unternehmens als solches zur Folge hat, sondern nur die Auflösung des familiären Charakters des Unternehmens. Gegen den Willen des Unternehmers ist die Einstellung der Tätigkeit des Unternehmens nicht möglich. Sollten die Familienmitglieder gegen den Willen des Unternehmers die Auflösung beschließen (Mehrheit nach Köpfen), hat dies zur Folge, dass das Unternehmen als Einzelunternehmen und nicht mehr als Familienunternehmen weitergeführt wird.⁸⁴

Was das Recht auf Mitentscheidung in der Geschäftsführung betrifft, so wird immer wieder betont, dass diese nicht die alltägliche, sondern nur die außerordentliche Geschäftsführung betrifft. In die alltägliche Geschäftsgebarung dürften sich die Familienmitglieder nicht einmischen. Werden eigenmächtige Entscheidungen unter Verletzung des Mitbestimmungsrechtes getroffen, so bleiben sie trotzdem aufrecht. Das Familienmitglied hat nur Anrecht auf Schadensersatzzahlung.

Der Schaden ist aber kaum nachweisbar, wenn man bedenkt, dass der Unternehmer, der zwar ohne Einbeziehung des Familienmitgliedes eigenmächtig entschieden hat, den Nachweis erbringen kann, dass seine Entscheidung trotzdem für das Unternehmen nützlich und positiv war. In diesem Fall brachte die Entscheidung zwar dem Familienmitglied keinen direkten und unmittelbaren Vorteil, aber trotzdem einen indirekten Nutzen. Eine für das Unternehmen richtige Entscheidung, an dessen Gewinn das Familienmitglied ja beteiligt ist, ist indirekt auch für das Familienmitglied eine vorteilhafte Entscheidung.

Sollten die Meinungsverschiedenheiten unüberbrückbar werden, kann der Unternehmer das Familienmitglied jederzeit aus dem Betrieb ausschließen.⁸⁵ Dem unter Umständen zu Unrecht ausgeschlossenen Familienmitglied bleibt nur eine Schadensersatzforderung.

Man sieht, dass von der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers, laut der

83) Als Beispiel können jene Urteile genannt werden, die dem Unternehmer das Recht einräumen, das mitarbeitende Familienmitglied im Alleingang auszuschließen (vgl. Kass. 7223/04, Kass. 9897/03 u.a.).

84) In diesem Sinne Kass. 8959/92.

85) In diesem Sinne Kass. 7223/04.

Entscheidungen nur gemeinsam getroffen werden können, nicht mehr viel übrig blieb. Die Mitsprachrechte sind zu internen Forderungsrechten gegenüber dem Unternehmer degradiert worden. Die Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofes hat dem Artikel 230-bis ZGB ziemlich viel von seinem „Zauber“ genommen.

Von mehreren zur Auswahl stehenden Entscheidungsmodellen setzte sich im Gesetzestext des Artikel 230-bis ZGB das demokratische Modell der Mehrheitsentscheidung nach Köpfen durch. Der Unternehmer soll nur eine Stimme haben.

Im Laufe der letzten Jahrzehnte wurde dieses Entscheidungsmodell von der Rechtsprechung jedoch so uminterpretiert, dass es nur mehr nach „innen“ wirkt und nicht viel mehr als eine Aufforderung an den Unternehmer darstellt, die Familienmitglieder in die Entscheidungen mit einzubeziehen.

Wenn der Unternehmer die Mitentscheidungsrechte der Familienmitglieder nicht respektiert, so können diese nur ein Recht auf Schadensersatz geltend machen, nicht jedoch den effektiven Schutz, nämlich die Nichtigerklärung der Entscheidung. Das Familienmitglied kann aus dem Unternehmen ausgeschlossen werden, die mitarbeitenden Familienmitglieder können nie die Einstellung des Unternehmens bestimmen. Dies bleibt eine Entscheidung des Unternehmers.

5

Das Ende des Familienunternehmens

5.1 Allgemeines

5.2 Ende des Unternehmens und Ende des Familienunternehmens

5.3 Das Vorrecht und der Familienvertrag ex Artikel 768 bis ff. ZGB

5.1. Allgemeines

Um die Thematik, die in Zusammenhang mit dem Ende des Unternehmens erörtert wird, zu verstehen, müssen einige Unterscheidungen getroffen werden.

- a) Die erste Unterscheidung betrifft die Ursache, die zur Auflösung des Familienunternehmens führt.

Die Auflösung kann nämlich die Folge eines Rechtsgeschäftes oder einer Willensäußerung durch die im Unternehmen arbeitenden Familienmitglieder oder des Unternehmers sein. Zu diesen Ursachen zählen beispielsweise der Verkauf des Unternehmens oder ein Auflösungsbeschluss durch die im Unternehmen arbeitenden Familienmitglieder.

Die Auflösung kann aber auch die Folge eines äußeren, willensunabhängigen Ereignisses oder Vorkommnisses sein. Zu diesen zählt beispielsweise der Tod.

- b) Sollte ein äußeres Ereignis oder Vorkommnis die Ursache sein, so ist eine weitere Unterscheidung zu treffen, je nachdem, ob das Ereignis den Unternehmer selbst oder ein im Unternehmen mitarbeitendes Familienmitglied betrifft.

- c) Die dritte Unterscheidung, die es zu treffen gilt, ist jene zwischen dem Ende des Unternehmens und dem Ende des Familienunternehmens.

Es gibt nämlich Ereignisse oder Rechtsgeschäfte, die auf das Unternehmen als solches einwirken und das Ende des Unternehmens bedeuten.

Es gibt aber auch Ereignisse und Rechtsgeschäfte, die dem Unternehmen zwar den familiären Charakter nehmen, das Unternehmen als solches aber weiter bestehen lassen und nicht auf dessen Existenz einwirken. Im letzteren Fall erfährt das Unternehmen nur eine Umwandlung, aus einem Familienunternehmen wird ein „gewöhnliches“ Unternehmen.

5.2. Ende des Unternehmens und Ende des Familienunternehmens

Wie bereits wiederholt erwähnt, herrscht in der Rechtsprechung die Meinung vor, dass das Familienunternehmen ein Einzelunternehmen ist, welches dem Unternehmer zusteht. Dem Unternehmer gehört in der Regel der Betrieb, er allein ist gegenüber den Gläubigern verantwortlich, während die Familienmitglieder nach außen nicht auftreten und aufscheinen. Das Familienunternehmen

wirkt nur nach innen, das heißt im Innenverhältnis zwischen Unternehmer und seinen Familienangehörigen. Jene Rechtsmeinung, laut der das Familienunternehmen ein kollektives Unternehmen mit gleichberechtigten Partnern sei, ist in der absoluten Minderheit.

Aus dieser mehrheitlichen Rechtsmeinung, laut der das Familienunternehmen ein Einzelunternehmen ist, ergeben sich einige logische Konsequenzen:

1) Tod des Unternehmers: Mit dem Tod des Unternehmers erlischt das Unternehmen. Es kommt nicht die gesellschaftsrechtliche Regel des Artikel 2284 ZGB zur Anwendung, laut der das Unternehmen weiter bestehen bleibt und laut der nur die Anteile des Unternehmers an die Erben auszuzahlen sind.⁸⁶ Die Anwendung dieser gesellschaftsrechtlichen Bestimmung würde nämlich voraussetzen, dass das Familienunternehmen ein kollektives Unternehmen ist, das allen Familienmitgliedern gehört.

Trifft der Tod jedoch ein Familienmitglied, so hat dies auf das Unternehmen keine Auswirkungen. Die Erben des verstorbenen Mitgliedes erheben ihre Ansprüche gegen das Unternehmen.

Generell kann gesagt werden, dass Ereignisse, die den Unternehmer betreffen, das existenzielle Ende des Unternehmens bedeuten, während Ereignisse, die das mitarbeitende Familienmitglied betreffen, sich auf die Existenz des Unternehmens selbst nicht auswirken.

2) Entscheidung zur Auflösung durch die Familienmitglieder: die Auflösung des Unternehmens aufgrund einer gemeinsamen Entscheidung der Familienmitglieder ist nur möglich, wenn sich an dieser Entscheidung auch der Unternehmer selbst beteiligt hat und die Auflösung von ihm selbst gewollt ist. Ohne seinen Willen kann das Unternehmen nicht aufgelöst werden, da es sein Unternehmen ist. Die Familienmitglieder können ohne den Willen oder gegen den Willen des Unternehmers zwar das Ende des Familienunternehmens, nicht aber das Ende des Unternehmens beschließen. Die mit Stimmenmehrheit getroffene Entscheidung der Familienangehörigen im Sinne des Artikel 230-bis ZGB über die Einstellung des Unternehmens kann nur bedeuten, dass das Unternehmen seines familiären Charakters entbunden wird. Es kann nicht die Entscheidung der Einstellung der Tätigkeit des Unternehmens selbst gemeint sein, denn nie-

86) In diesem Sinne Kass. 7223/2004: Mit dem Tod des Unternehmers erlischt das Unternehmen. Der Betrieb und die Produktionsmittel gehen in die Erbmasse über. Gegenüber dieser Erbmasse können die mitarbeitenden Familienmitglieder ihre Teilhaberrechte geltend machen, die aus einer Forderung in Geld bestehen (Auszahlung des Gewinnes). Es kommt nicht die gesellschaftsrechtliche Regel des Art. 2284 ZGB zur Anwendung. Die mitarbeitenden Familienmitglieder können, müssen aber nicht mit den Erben identisch sein.

mand kann dem Unternehmer, dem das Unternehmen, die Produktionsmittel und der Betrieb gehören, zwingen, seine unternehmerische Tätigkeit aufzugeben. Sollten die Familienmitglieder also die Einstellung des Unternehmens gegen den Willen des Familienoberhauptes entschieden haben, kann dies nur bedeuten, dass sie aus dem Unternehmen ausscheiden und dass ihre Beteiligung in Geld abzulösen ist. Das Unternehmen selbst besteht weiter.

3) Der Ausschluss des Familienmitgliedes: Wenn es zu unüberbrückbaren Differenzen zwischen dem Unternehmer und dem mitarbeitenden Familienmitglied kommt, so kann der Unternehmer das Familienmitglied aus dem Unternehmen ausschließen.⁸⁷

Dies scheint im Widerspruch zu den im Artikel 230-bis ZGB genau angeführten Mitentscheidungsrechten zu stehen. Wie kann der Unternehmer im Alleingang ein Familienmitglied ausschließen, wenn alle großen Entscheidungen, welche die außerordentliche Geschäftsführung betreffen, nur gemeinsam getroffen werden können, wenn im Artikel 230-bis ZGB das demokratische Prinzip der gemeinsam zu treffenden Entscheidungen festgeschrieben scheint?

Die Antwort, die die Rechtsprechung gibt, ist folgende: Gemeinsame Entscheidungen werden nur in kollektiven Unternehmen getroffen, ein Kriterium, welches das Familienunternehmen allerdings nicht erfüllt. Daher höhlt die Rechtsprechung die im Artikel 230-bis ZGB aufgelisteten Mitbestimmungsrechte aus und reduziert sie auf ein Minimum. Für Einzelheiten hierzu sei auf das Kapitel 4.9 mit der Überschrift „Das Recht auf Mitentscheidung“ verwiesen.

Ist der Ausschluss aus dem Unternehmen zu Unrecht erfolgt, so hat das Familienmitglied kein Recht auf Wiedereinsetzung, sondern kann nur eine Schadensersatzforderung geltend machen.

Genauso wie das Familienmitglied keinen realrechtlichen Anspruch auf die wirtschaftlichen Teilhaberrechte hat und nur eine Forderung in Geld auf die Auszahlung des Gegenwertes geltend machen kann, hat es keinen direkten Anspruch auf Wiedereinstellung oder Wiedereinsetzung im Unternehmen. Bei ungerechtfertigt erfolgtem Ausschluss kann es nur eine Schadensersatzforderung stellen. Es genießt nicht den realrechtlichen Schutz - die sog. „*tutela reale*“ - des zu Unrecht entlassenen Arbeiters auf Wiedereinsetzung in den Arbeitsplatz im Sinne des Artikel 18 Gesetz Nr. 300/70. Auch der ungerechtfertigt erfolgte Ausschluss aus dem Unternehmen bleibt in jedem Fall aufrecht. Genauso wie das Familienmitglied keinen realrechtlichen Anspruch auf die wirtschaftlichen Teilhaberrechte hat, hat es auch keinen realrechtlichen Anspruch auf Wiedereinstellung. Es kann nur eine Forderung nach Schadenersatz eingebracht werden.

87) In diesem Sinne Kass. 7223/2004, Kass. 9897/03 und Kass. 8959/92.

Der eigenmächtige Ausschluss kann im Extremfall auch dann erfolgen, wenn das Familienunternehmen nur aus zwei Personen besteht, die dort zu je 50% die eigene Arbeitsleistung einbringen. In diesem Fall verliert das Unternehmen zwar seinen familiären Charakter, es wird aber als gewöhnliches Einzelunternehmen weitergeführt. Aus dem Unternehmen kann nur das mitarbeitende Familienmitglied ausgeschlossen werden, niemals aber der Unternehmer.⁸⁸

Da das Familienunternehmen kein kollektives Unternehmen ist, können nicht die Regeln des Gesellschaftsrechts angewandt werden. Zum Beispiel kann nicht jene Regel des Artikel 2287 ZGB angewendet werden, laut der bei einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft der Ausschluss eines der beiden Gesellschafter nur durch das Gericht erfolgen kann.⁸⁹

4) Veräußerung und Übertragung des Unternehmens: Während das mitarbeitende Familienmitglied die Teilhaberrechte nicht übertragen kann (s. Absatz 4 des Art. 230-bis ZGB: „*das Teilhaberrecht gemäß dem ersten Absatz ist unübertragbar, es sei denn, die Übertragung erfolgt zu Gunsten der dem vorhergehenden Absatz bezeichneten Familienangehörigen unter Einwilligung aller Teilhaber...*“), kann der Unternehmer das Unternehmen an Dritte veräußern oder übertragen. In diesem Falle lebt das Unternehmen weiter, es geht aber der familiäre Charakter verloren. Da die mitarbeitenden Familienmitglieder nicht in einem abhängigen Arbeitsverhältnis stehen, können sie sich bei Veräußerung oder Übertragung an Dritte nicht auf den Schutz des Artikel 2112 ZGB berufen.

5) Der Rücktritt des Familienmitgliedes: Als Folge einer freien Willensäußerung kann das Familienmitglied jederzeit aus dem Unternehmen austreten. Die Willensäußerung kann auch stillschweigend erfolgen. Wenn das Familienmitglied für einen längeren Zeitraum nicht mehr im Unternehmen erscheint, kann dies als Ausdruck des Willens zum Rücktritt gewertet werden. Festgehalten sei, dass die Ehetrennung als solche noch nicht den Rücktritt oder den Ausschluss aus dem Familienunternehmen bedeutet.⁹⁰

Sowohl beim Rücktritt als auch beim Ausschluss stellt sich die Frage, ob eine Kündigungsfrist einzuhalten ist. Die Antwort kann nur „ja“ lauten. Dies aufgrund des bei allen Dauerverhältnissen geltenden Rechtsprinzips, laut welchem

88) In diesem Sinne Kass. 8959/92: Der Anlassfall war ein Badebetrieb, der paritätisch von der Mutter und dem Sohne geführt wurde. Als unüberbrückbare Differenzen auftraten, schloss die Mutter den Sohn kurzerhand aus dem Betrieb aus. Der Kassationsgerichtshof hielt den Ausschluss für gesetzeskonform, indem er die Wichtigkeit des Unternehmers gegenüber dem mitarbeitenden Familienmitglied unterstrich und den qualitativen Unterschied zwischen einem Einzelunternehmen und einem kollektiven Unternehmen hervorhob.

89) In diesem Sinne Kass. 9897/03.

90) Vgl. Kass. 6069/84.

die Beziehungen unter Einhaltung einer Kündigungsfrist immer frei aufkündbar sind. Es gibt keine vorgeschriebene Dauer für die Kündigungsfrist, sie muss nur angemessen sein. Die Kündigungsfrist muss nicht eingehalten werden, wenn derart schwerwiegende Ereignisse vorgefallen sind, dass sie eine auch nur vorläufige Fortsetzung der Mitarbeit nicht mehr zulassen.

Festgehalten sei, dass - genauso wie bei der Abfertigung - die Ablöse in Geld der Teilhaberrechte immer zusteht, unabhängig von den Ausscheidungsgründen aus dem Unternehmen. Die Schuldfrage ist bei der Auszahlung des Ablösebetrages unerheblich.

5.3. Das Vorrecht und der Familienvertrag ex Artikel 768 bis ff. ZGB

Wenn der Betrieb an Dritte verkauft wird, so haben die mitarbeitenden Familienmitglieder im Sinne des 5. Absatzes des Art. 230-bis ZGB ein Vorrecht.

Das Vorrecht besteht aber nicht nur beim Verkauf, sondern bei jeder Form von Übertragung an Dritte. Der Begriff „Übertragung“ ist sehr weit gefasst und beinhaltet alle Formen des Eigentumswechsels gegen Entgelt.⁹¹ Dies gilt, wenn die Übertragung unter Lebenden erfolgt.

Das Vorrecht besteht aber auch bei der Erbteilung, wenn also der Betrieb im Erbschaftswege auf die Erben übertragen worden ist und diese zur Aufteilung des Erbes schreiten. In diesem Fall hat der Erbe, der im Unternehmen mitgearbeitet hat, gegenüber den anderen Erben ein Vorrecht auf die Übernahme des Betriebes. Hinsichtlich der Art und Weise, wie das Vorrecht auszuüben ist, wird auf Artikel 732 ZGB verwiesen. Der Erbe, der seinen Anteil an Dritte veräußern will, muss jene Familienmitglieder, die im Unternehmen mitgearbeitet haben, benachrichtigen und seine Absicht kundtun. Er muss den Familienmitgliedern das Veräußerungsangebot zustellen und den Preis angeben. Dabei müssen die Familienmitglieder, die im Unternehmen gearbeitet haben, nicht mit den Erben identisch sein.⁹²

91) Unentgeltlicher Eigentumswechsel, wie Schenkung, räumt laut mehrheitlicher Rechtslehre kein Vorrecht ein. Der Unternehmer ist frei, den Betrieb zu verschenken. Seine Großzügigkeit soll nicht durch das Vorrecht eingeschränkt werden.

92) Der Kreis der Familienmitglieder im Sinne des Art. 230-bis ZGB ist sehr weit gezogen, denn dazu zählen alle Verwandten innerhalb des 3. Grades und Verschwägerten innerhalb des 2. Grades. Der Kreis der Erben ist dagegen viel enger.

Um den Generationswechsel und die Übertragung des Betriebes auf die nächste Generation zu erleichtern, hat das Gesetz Nr. 55/2006 den so genannten „Familienpakt“ oder „Familienvertrag“ eingeführt, indem es die Artikel 768 bis ff. in das Zivilgesetzbuch einfügte.

Der Familienpakt ist eine Ausnahme zu dem in Artikel 458 ZGB festgeschriebenen Verbot von Abmachungen über die Erbfolge⁹³ und erlaubt es dem Unternehmer mittels Vertrag schon zu Lebzeiten das Familienunternehmen an einen seiner Nachkommen zu übertragen. Im Vertrag wird bestimmt, wer das Unternehmen übernehmen soll und welchen Betrag der Übernehmer an die Pflichterben und an den Ehegatten, die an der Vertragsunterzeichnung zum Zeichen des Einverständnisses teilnehmen müssen, zu bezahlen hat. Der zu bezahlende Betrag muss dem erblichen Pflichtteil entsprechen und wird diesem zugerechnet. Um die Übertragung des Betriebes möglichst rasch abzuwickeln, wurde einerseits eine kurze einjährige Verjährungsfrist eingefügt und andererseits auch die Nichtanwendbarkeit der beiden zum Schutze des Pflichterbtails vorgesehenen Rechtsinstitute verfügt, nämlich die Kürzung der anderen Erbteile und die Ausgleichung. Dies bedeutet einen zweiten großen Einschnitt – die erste Zäsur besteht in der Aufweichung des Verbots der Abmachungen über die Erbfolge - in die bisher geltenden Grundprinzipien des Erbrechts.

Sollte ein Pflichterbe an der Vertragsunterzeichnung nicht teilgenommen haben – weil er zum Beispiel erst später geboren wurde - so ist ihm bei Eröffnung der Erbschaft derselbe Betrag zu zahlen, wie er den anderen Pflichterben bezahlt worden ist.

Der Familienpakt ist in Südtirol nicht ganz unbekannt, denn er erinnert an die Übertragung des geschlossenen Hofes zu Lebzeiten. Salopp ausgedrückt - und vorbehaltlich der vielen kleinen Unterschiede⁹⁴ - könnte man den Familienpakt als Ausdehnung oder Kopie der Hofübernahme zu Lebzeiten auf das Familienunternehmen bezeichnen.

93) Das veraltete Verbot wurde auf vielfache Art und Weise und mit viel Phantasie umgangen. Eine häufig praktizierte Möglichkeit war zum Beispiel die Schenkung an den Nachkommen mit Rückbehalt des Fruchtgenusses. Um das Verbot zu umgehen, begann auch die Rechtslehre zwischen Rechtshandlungen „*mortis causa*“ und Rechtsgeschäften „*inter vivos*“ mit Wirkungen „*post mortem*“ zu unterscheiden. In das Verbot sollten nur die ersteren, nicht aber die zweiten fallen.

94) Ein wesentlicher Unterschied liegt im an den Erben auszuzahlenden Betrag. Während der Übernahmepreis, den der Unternehmensnachfolger an die Pflichterben zu entrichten hat, dem Marktwert entspricht, ist der Übernahmepreis des Hofübernehmers viel niedriger, da das Höfegesetz L.G. Nr. 17/2001 im Art. 20 eine eigene mathematische Formel zur Festsetzung des Preises enthält. Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass die weichenden Erben des Hofübernehmers – im Gegensatz zu den weichenden Erben des Jungunternehmers – weiterhin die Klage auf Kürzung der anderen Erbteile und die Ausgleichung einreichen können. Das Höfegesetz (Art. 31) berührt die Bestimmungen zugunsten der Pflichterben nicht.

Der Familienpakt schließt das Vorrecht der mitarbeitenden Familienmitglieder bei Übertragung des Betriebes aus. Wenn ein Familienpakt abgeschlossen wird, können die anderen Familienmitglieder nicht das Vorrecht geltend machen. Das Vorrecht kann nämlich laut vorwiegender Rechtslehre nur bei Veräußerung des Betriebes an Dritte gegen Entgelt (klassisches Beispiel: Verkauf) angemeldet werden, nicht aber bei Schenkungen, da die Freigiebigkeit des Schenkenden nicht eingeschränkt werden soll.

Der Familienpakt ist einer Schenkung ähnlich, da auch er nicht gegen Entgelt erfolgt, sondern zur großen Kategorie der unentgeltlichen Zuwendungen (sog. „*atti di liberalità*“) zählt. Es könnte sich der konkrete Fall ergeben, dass der Bruder ein Leben lang im Betrieb mitgearbeitet hat und dieser durch den Familienpakt an den Sohn oder an die Tochter des Unternehmers übertragen wird. Da der Betrieb unentgeltlich an den Nachkommen des Unternehmers übertragen wird, kann der Bruder das Vorrecht nicht in Anspruch nehmen.

Der Familienpakt ist nur zu Gunsten eines Nachkommen möglich, nicht also zu Gunsten der anderen Erben. Er wäre zum Beispiel nicht zu Gunsten des Vaters des Unternehmers möglich. In diesem Fall ginge es nicht um die Erleichterung des Generationenwechsels im Unternehmen, die auch von der europäischen Kommission den Mitgliedsstaaten in der Empfehlung Nr. 94/1069/EG geraten worden ist.

Zusammenfassend ergibt sich also folgendes in sich stimmiges Bild: Wenn der Unternehmer zu Lebzeiten das Unternehmen an den Nachfolger oder an die Nachfolgerin übergibt, so können die anderen mitarbeitenden Familienmitglieder kein Vorrecht geltend machen. Wenn das Unternehmen aber auf dem Erbwege übertragen wird, so kann jener Erbe, der mitgearbeitet hat, gegenüber den anderen Erben, die nicht mitgearbeitet haben, bei der Teilung der Erbschaft das Vorrecht geltend machen.

Die Tatsache, dass das Vorrecht beim Familienpakt nicht greift, ist wiederum ein Beweis dafür, dass man beim Verabschieden des Gesetzes Nr. 55/2006 mittlerweile die Theorie, laut der das Familienunternehmen ein Einzelunternehmen ist, als unbestritten erachtet hat. Die reibungslose Nachfolge des Unternehmers zählt mehr als der Schutz des mitarbeitenden Familienmitgliedes.

6

Die Sozialversicherung der Familienmitglieder

**6.1 Die Sozialversicherung
der mitarbeitenden Familienangehörigen**

6.2 Die Unfallversicherung

6.3 Unfallversicherung bei nichtlandwirtschaftlichen Betrieben

6.4 Unfallversicherung bei landwirtschaftlichen Betriebe

6.5 Die Kranken- und Rentenversicherung

**6.6 Die Kranken- und Rentenversicherung
im Handel und Gastgewerbe**

6.7 Die Kranken- und Rentenversicherung im Handwerk

6.8 Die Kranken- und Rentenversicherung in der Landwirtschaft

**6.9 Nachversicherung im Sinne des Art. 13
Gesetz Nr. 1338/1962 und Schadensersatz**

6.10 Die Nachversicherung der mitarbeitenden Familienangehörigen

6.11 Die Mutterschaft

6.1. Die Sozialversicherung der mitarbeitenden Familienangehörigen

Was die Sozialversicherung der im Unternehmen mitarbeitenden Familienangehörigen betrifft, sind zwei große Unterscheidungen zu treffen.

- A) Die erste große Unterscheidung betrifft die drei großen Versicherungsbereiche. Es ist zwischen Unfallversicherung, Krankheitsversicherung und Rentenversicherung⁹⁵ zu unterscheiden.
- B) Die zweite Unterscheidung betrifft die drei großen Tätigkeitsbereiche, in denen die Familienunternehmen in der Regel arbeiten, nämlich das Handwerk, den Handel und die Landwirtschaft. In der Regel werden sie von den Sozialversicherungsanstalten, wie dem NISF, auch einem dieser drei großen Bereiche zugeordnet.

6.2. Die Unfallversicherung

Der Klarheit halber sei festgehalten, dass die hier gemeinte Versicherung jene der Unfälle auf dem Arbeitsplatz ist. Die Arbeiter sind obligatorisch bei der öffentlichen Unfallversicherungsanstalt INAIL zu versichern.⁹⁶ Die Unfallversicherung⁹⁷ ist durch den Einheitstext Nummer 1124/1965 geregelt, welcher eine gesonderte Regelung für Landwirtschaft einerseits und Nichtlandwirtschaft andererseits vorsieht. Bei einem Arbeitsunfall erbringt das INAIL folgende Leistungen (vgl. Artikel 66 Einheitstext INAIL, so wie durch Gesetz 38/2000 abgeändert):

- Tagegeld bei zeitweiliger Arbeitsunfähigkeit,
- Rente bei bleibender Arbeitsunfähigkeit (je nach prozentueller Höhe der Unfähigkeit),
- bei Unfalltod eine Rente an die Hinterbliebenen,
- medizinische und chirurgische Leistungen,
- Prothesen und Hilfsmittel.

95) Zur allgemeinen obligatorischen Rentenversicherung gehören die Alters-, Invaliden- und Hinterbliebenenrente.

96) Wenn der Unfall außerhalb der Arbeit passiert, so fällt er unter die allgemeine Sozialversicherung, in der Regel jene des INPS-NISF, wenn es sich um eine sozial versicherte Person handelt. Das NISF zahlt das Krankengeld oder im Extremfall eine Invalidenrente im Sinne des Gesetzes 222/84, im Gegensatz zum Unfallversicherungsinstitut INAIL, das eine Unfallrente bezahlt. Ist die Person nicht sozialversichert, so ist für ihre existentielle Absicherung die allgemeine Wohlfahrt (sog. „*assistenza sociale*“) zuständig. Letztere folgt nicht mehr dem Versicherungsprinzip (sog. „*previdenza sociale*“), laut dem eine Versicherungsanstalt den die Beiträge entrichtenden Arbeitenden versichert, sondern dem allgemeinen Solidaritätsgedanken, laut dem die Allgemeinheit für den Bedürftigen aufkommt. Die Wohlfahrt wird daher mit Steuermitteln finanziert.

97) Dazu zählt natürlich auch die Versicherung gegen Berufskrankheit, die in dieser Abhandlung aber nebensächlich ist. Der Versicherungsschutz gegen Berufskrankheiten ist in der Regel nur in der unsauberen Großindustrie notwendig, wo chemische Veränderungsprozesse vor sich gehen.

6.3. Unfallversicherung bei nichtlandwirtschaftlichen Betrieben

Was die nicht landwirtschaftlichen Betriebe, also Handwerks- und Handelsbetriebe (zu letzteren zählen zum Großteil die Dienstleistungsbetriebe), betrifft, so hat der Begriff der Unfallversicherung im Laufe der Jahrzehnte einen großen Wandel erfahren.

Ursprünglich war im Einheitstext Nr. 1124/65 die Versicherungspflicht stark eingeschränkt. Sie war nämlich auf (a) Arbeiter, die im (b) abhängigen Arbeitsverhältnis mit (c) Maschinen arbeiteten, eingegrenzt. Nur in diesem Fall hielt man es für notwendig, eine obligatorische Unfallversicherung einzuführen. Man hatte das typische Arbeitsverhältnis in der Industrie der damaligen Zeit vor Augen.

Im Laufe der Zeit stellte sich ein Sinneswandel ein, und man erachtete eine Unfallversicherung immer dann für wichtig und notwendig, wenn die arbeitende Person einer Gefahrenquelle ausgesetzt ist.

Es ist somit nicht mehr wichtig, ob es sich um einen Arbeiter oder um einen Angestellten handelt. Irrelevant ist auch, ob es sich um ein abhängiges oder selbstständiges Arbeitsverhältnis handelt, und es ist auch bedeutungslos, ob die Gefahrenquelle auf eine in der Fabrik aufgestellte Maschine zurück zu führen ist oder aus irgendeinem anderen Grund besteht.

Diese neue Auffassung der Notwendigkeit der Unfallversicherung hat auch in der jüngeren Gesetzgebung ihren Niederschlag gefunden, laut der auch freie Mitarbeiter und leitende Angestellte gegen Unfall versichert werden müssen (Gesetzesdekret Nr. 38/2000).

Was konkret die Pflicht zur Unfallversicherung der mitarbeitenden Familienangehörigen eines Handwerks- oder Handelsbetriebes betrifft, sah der Einheitstext ursprünglich im Artikel 4, Ziffer 6 nur eine begrenzte Versicherungspflicht vor. So war die Versicherungspflicht nur dann gegeben, wenn der Angehörige in einem abhängigen Arbeitsverhältnis stand.

Mit dem Urteil Nr. 476/87 hat der Verfassungsgerichtshof die Notwendigkeit des abhängigen Arbeitsverhältnisses nicht mehr als unabdingbare Voraussetzung erachtet und die Versicherungspflicht auch auf jene Familienangehörigen ausgedehnt, die im Sinne des Artikel 230-bis ZGB frei im Familienbetrieb mitarbeiten. Heute ist es somit unwichtig, ob die Familienmitglieder in einem abhängigen oder in einem freien Arbeitsverhältnis zum Unternehmen stehen.

Sie sind auf jeden Fall zu versichern. Die im Sinne des Artikel 230-bis ZGB im Unternehmen mitarbeitenden Familienangehörigen sind gegen Unfall zu versichern.⁹⁸

6.4. Unfallversicherung bei landwirtschaftlichen Betrieben

Was die Pflicht zur Unfallversicherung in der Landwirtschaft betrifft, so ist die Versicherungspflicht durch Artikel 205 Einheitstext 1124/1965 vorgeschrieben. Die Neuheit dieser Bestimmung bestand darin, dass zum ersten Mal die Versicherungspflicht von dem im abhängigen Arbeitsverhältnis stehenden landwirtschaftlichen Arbeiter auch auf den selbständigen Bauern und seine engsten Familienangehörigen ausgedehnt wurde. Wichtig und entscheidend für die Versicherungspflicht des Bauern, dessen Ehegattin und der Kinder ist, dass sie gewohnheitsmäßig einen körperlichen Arbeitseinsatz auf dem Hof erbringen.⁹⁹ Es zählt somit nicht die Art des Arbeitsverhältnisses, ob untergeordnet oder nicht, sondern einzig und allein die gewohnheitsmäßige körperliche Arbeit auf dem Hof, die als solche als zu versichernde Gefahrenquelle anerkannt wird.¹⁰⁰ Auch die übrigen Verwandten, die auf dem Hof arbeiten, sind gegen Unfall zu versichern.¹⁰¹

98) Vgl. Kass. 7523/90: Die Ehefrau arbeitete im Metzgereibetrieb des Ehemannes mit. Da sie keinen Lohn empfing, da sie keine Arbeitszeit einhielt und auch nicht ihrem Ehegatten untergeordnet war, behauptete das Unternehmen, dass sie nicht gegen Unfall versichert werden müsse. Den Argumenten der Unfallversicherungsanstalt INAIL und dem Urteil Nr. 476/87 des VGH folgend, hielt der oberste Gerichtshof jedoch die Pflicht zur Versicherung für gegeben. Die Ehefrau war nämlich als eine Mitarbeiterin im Sinne des Artikel 230-bis ZGB zu betrachten und daher zu versichern.

99) Kass. 2556/98: Außerdem müssen der Ehegatte und die Kinder auch von der Landwirtschaft unterhalten werden. Im konkreten Fall war der Sohn hauptberuflich als Bauarbeiter beschäftigt und half nur am Wochenende in der Landwirtschaft des Vaters mit. Seiner Ansicht nach war das Erfordernis des gewohnheitsmäßigen körperlichen Arbeitseinsatzes erfüllt, und er beanspruchte daher eine Unfallrente, da er sich bei der landwirtschaftlichen Arbeit verletzt hatte. Der oberste Gerichtshof wies den Anspruch ab, da der Sohn nicht nachgewiesen hatte, dass er als Familienangehöriger im Sinne des Artikel 230-bis ZGB auch seinen Unterhalt durch die landwirtschaftliche Tätigkeit bestritten habe.

100) In diesem Sinne Kass. 959/2006.

101) Kass. 5674/87 unterscheidet zwischen dem Ehegatten und den Kindern einerseits und den übrigen auf dem Hof arbeitenden Familienmitgliedern andererseits. Die Unterscheidung geht auf Art. 205 des INAIL-Einheitstextes zurück.

6.5. Die Kranken- und Rentenversicherung

Die Kranken- und Rentenversicherung der im Unternehmen mitarbeitenden Familienangehörigen unterscheidet sich je nach Tätigkeitsbereich. Es ist zwischen Handel, Handwerk und Landwirtschaft zu unterscheiden.

6.6. Die Kranken- und Rentenversicherung im Handel und Gastgewerbe

Vorauszuschicken ist, dass in rentenrechtlicher Hinsicht das Gastgewerbe in all seinen Ausformungen (Hotellerie, Privatzimmervermietung usw.) eine Branche des Oberbegriffes „Handels“ ist.

Die Pflicht zur Krankenversicherung wurde schon mit Gesetz Nr. 1397/60 eingeführt. Mit Gesetz Nr. 616/66 wurde auch die Pflicht zur allgemeinen Rentenversicherung etabliert. Dabei wurde im Artikel 2 die Pflicht zur Versicherung ausdrücklich auch auf die mitarbeitenden Familienmitglieder ausgedehnt, wenn diese gewohnheitsmäßig und mehrheitlich im Betrieb mitarbeiten. Allerdings waren nur die engsten Verwandten innerhalb des zweiten Verwandtschaftsgrades (Enkel in direkter Linie, Bruder und Schwester) zu versichern. Die mitarbeitenden Verwandten innerhalb des dritten Grades, wie auch die Verschwägerten waren von der Versicherungspflicht ausgeschlossen. Wiederum trat der Verfassungsgerichtshof auf den Plan und passte den Artikel 2 Gesetz 616/66 dem Artikel 230-bis ZGB an, indem er mit dem Urteil Nr. 170/94 die Versicherungspflicht auf alle in der zivilrechtlichen Bestimmung des Art. 230-bis ZGB angeführten Familienmitglieder ausdehnte.

Die Gleichschaltung ist somit erfolgt, und heute sind alle im Artikel 230-bis ZGB angeführten Familienmitglieder zu versichern.

Allerdings ist die Alltagspraxis an den Gerichtshöfen zum Teil andere Wege gegangen und hat diese Bestimmung der Versicherungspflicht der Familienmitglieder immer wieder unbeachtet gelassen.

Um Missbrauch vorzubeugen¹⁰², wurden die gesetzlichen Bestimmungen zur

102) Es ist bekannt, dass häufig Missbrauch mit der Invalidität im Sinne des Gesetzes Nr. 222/84 getrieben wird. Vor allem zwischen Verwandten werden gerne Arbeitsverhältnisse vorge-täuscht, um die Voraussetzung für eine INPS-NISF Invalidität zu schaffen. Im Sozialrecht herrscht nämlich das im Artikel 2116 ZGB angeführte Prinzip, laut welchem der Arbeitnehmer ein Anrecht auf die Sozialleistung hat, auch wenn der Arbeitgeber nicht die entsprechenden Beiträge entrichtet hat. Es ist somit möglich, das Krankengeld, das Arbeitslosengeld und das

Versicherungspflicht der Familienangehörigen sowohl in den Rundschreiben des NISF-INPS als auch in der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofes sehr eng und restriktiv ausgelegt.

Immer wieder kann man aus den Urteilen des Obersten Gerichtshofes herauslesen, dass heute noch die Vermutung der Unentgeltlichkeit der Arbeit der Familienangehörigen besteht.¹⁰³ Um die oft unter Vortäuschung falscher Arbeitsverhältnisse gegen die Pensionsversicherungsanstalt gestellten Ansprüche abzuweisen, argumentieren die Gerichte immer wieder, dass von der Vermutung ausgegangen werden müsse, dass die Angehörigen unentgeltlich im Familienunternehmen arbeiten und dass der die Sozialleistungen einfordernde Rekurssteller den Beweis schuldig geblieben sei, dass es in seinem Falle nicht so sei, dass er nämlich ein ordentliches Arbeitsverhältnis eingegangen war. In einigen extremen Fällen wurden der Anspruch auf eine Sozialleistung und jener auf eine Invalidenrente nicht anerkannt, obwohl für die Familienangehörigen regelmäßig die Beiträge entrichtet worden waren.¹⁰⁴

Hierdurch entstand eine große Rechtsunsicherheit.

Auf der einen Seite besteht die gesetzliche Pflicht zur Versicherung der Familienangehörigen, auf der anderen Seite weisen das INPS-NISF und die Gerichte den Anspruch der Familienangehörigen auf Sozialleistungen ab, weil die Vermutung der Unentgeltlichkeit der Arbeit nicht überwunden worden war.

Von dieser Rechtsunsicherheit scheint sogar der Gesetzgeber selbst angesteckt worden zu sein. Er befand es jedenfalls für notwendig, im Artikel 1, Absatz 206 Gesetz Nr. 662/96 ausdrücklich festzuschreiben, dass die mitarbeitenden Familienangehörigen bis zum dritten Grad, egal ob verwandt oder verschwägert, gegen Alter und Invalidität versichert sein müssen. Er hat dabei nichts anderes getan, als die schon seit den 60er Jahren bestehende Versicherungspflicht

Invalidengeld zu beanspruchen, auch wenn der Arbeitgeber die Beiträge nicht eingezahlt hat. Es braucht nur ein Arbeitsverhältnis vorgetäuscht werden, was nicht schwierig ist, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer verwandt sind. Die Ausmaße dieses Phänomens werden klar, wenn man bedenkt, dass das INPS-NISF zu Beginn des Jahres 2000 circa 800.000 Prozesse behängen hatte, in welchen irgendwelche Sozialleistungen beansprucht wurden. Im Jahr 2005 wurden ca. 11,5 Milliarden Euro an Invalidengeldern und –pensionen ausbezahlt. Mittelwert des pro Jahr ausbezahlten Invalidengeldes bzw. Invalidenrente im Jahr 2005 waren 5.110 Euro.

103) Vgl. Kass. 959/2006, Kass. 18284/2003 und Kass 7845/2003.

104) Vgl. Kass. 4161/1993: Die Schwiegertochter behauptete im Betrieb des Vaters des Ehegatten gearbeitet zu haben. Dabei verwies sie auf die regelmäßig eingezahlten Versicherungsbeiträge und verlangte daher die Zuerkennung einer Invalidenrente. Den Richtern war dies zu wenig. Um eine Invalidenrente zu erhalten, muss tatsächlich ein Arbeitsverhältnis bestanden haben. Die erfolgte Entrichtung der Sozialabgaben ist zwar ein Indiz dafür, dass ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, allein reicht es aber nicht aus, um die Vermutung der Unentgeltlichkeit zu überwinden. Die Schwiegertochter hätte auch Gehaltszettel vorlegen müssen.

nochmals zu bestätigen, wenn er auch den Radius der versicherungspflichtigen Personen auf alle Verwandten und Verschwägerten innerhalb des 3. Grades ausgedehnt hat.

6.7. Die Kranken- und Rentenversicherung im Handwerk

Für das Handwerk gilt dieselbe Überlegung, die soeben für den Handel ange stellt wurde.

Die Pflicht zur Krankenversicherung wurde mit dem Gesetz Nr. 1533/56 eingeführt und mit dem Gesetz Nr. 463/59 auf die Rentenversicherung ausgedehnt. Laut Artikel 2 des letztgenannten Gesetzes sind auch die mitarbeitenden Familienangehörigen zu versichern. Mit dem Urteil Nr. 485/92 stellte das Verfas sungsgericht die Übereinstimmung zwischen diesem Rentengesetz und der zivilrechtlichen Bestimmung des Artikel 230-bis ZGB her und legte fest, dass alle Familienmitglieder, die im Sinne des Artikel 230-bis ZGB im Handwerksbetrieb mitarbeiten, rentenversichert sein müssen.

Eine Schlussbemerkung zur Versicherungspflicht der im Handwerksbetrieb oder im Handelsbetrieb mitarbeitenden Familienmitglieder: Ebenso wie für die Inanspruchnahme der steuerrechtlichen Vorteile (Aufteilung bzw. „Splittung“ der Gewinne) muss das Familienmitglied auch für die Pensionsversicherung „gewohnheitsmäßig und vorwiegend“ im Familienbetrieb arbeiten (vgl. Artikel 2 Gesetz Nr. 463/59 und Artikel 2 Gesetz Nr. 613/66). Um in den Genuss des Mindestschutzes des Artikel 230-bis ZGB zu gelangen, bedarf es aber nur einer „ständigen“ Mitarbeit. Um nicht wieder unüberbrückbare Auslegungsdifferenzen zu haben, genügt es, wenn man die „gewohnheitsmäßige und vorwiegende“ Mitarbeit mit der „ständigen“ Mitarbeit gleichsetzt und als Synonym betrachtet. Man kann nämlich davon ausgehen, dass der Gesetzgeber mit diesen leicht verschiedenen Begriffen ungefähr dasselbe gewollt hat.

6.8. Die Kranken- und Rentenversicherung in der Landwirtschaft

Die Pflicht sich gegen Krankheit zu versichern, wurde in der Landwirtschaft schon mit dem Gesetz Nr. 1136/1954 eingeführt. Mit dem Gesetz Nr. 1047/1957 wurde die Pflicht zur allgemeinen Rentenversicherung eingeführt und mit dem darauf folgenden Gesetz Nr. 9/1963 überarbeitet.

Dieses Gesetz Nr. 9/63 gilt heute noch. Es regelt die Versicherungspflicht des „Selbstbauers“ (sog. „*coltivatore diretto*“).¹⁰⁵

Als solcher gilt im Rentenversicherungsrecht (Artikel 2 Gesetz 9/63), wer

(a) eigenhändig und

(b) manuell den Boden bearbeitet oder das Vieh hält und pflegt,

(c) wobei er dieser Tätigkeit gewohnheitsmäßig nachgehen muss. Gewohnheitsmäßig bedeutet, dass er diese Tätigkeit ausschließlich oder zumindest vorwiegend betreibt. Im Sinne des Gesetzes ist dieses Erfordernis dann erfüllt, wenn der Selbstbauer der landwirtschaftlichen Tätigkeit die meiste Zeit im Jahr widmet und aus ihr das meiste Einkommen schöpft (vgl. auch Kass. 4810/95);

(d) für diese Tätigkeit müssen außerdem mindestens 104 Tagschichten im Jahr benötigt werden.¹⁰⁶ Dies ist die Mindestgrenze.

105) In der Landwirtschaft gibt es 3 große Berufsgruppen:

(1) die Selbständigen (sog. „*lavoratori agricoli autonomi*“): Dazu gehören der Selbstbauer und der landwirtschaftliche Unternehmer;

(2) die landwirtschaftlichen Arbeiter (sog. „*lavoratori agricoli subordinati*“);

(3) die assoziierten Teilselbständigen (sog. „*lavoratori agricoli associati*“), wie die Halbpächter, Teilpächter, Viehpächter usw. Rentenrechtlich gehören die Teilselbständigen zu den Selbständigen. Gesetz 1047/57 regelt nicht nur die Rentenversicherung des Selbstbauers, sondern auch des Teilselbständigen.

Im Urteil Nr. 616/1999 der Vereinigten Abteilungen des Kassationsgerichtshofes wird die Begriffsbestimmung des „Selbstbauers“ (sog. „*coltivatore diretto*“) erörtert. Dabei halten die Richter fest, dass der Selbstbauer, wie er im Rentenrecht gemeint ist, nicht unbedingt ein „landwirtschaftlicher Kleinunternehmer“ im Sinne des Art. 2083 ZGB sein muss. Im Unterschied zum landwirtschaftlichen Unternehmer, der für den Markt produziert (ansonsten ist er kein Unternehmer), kann der Selbstbauer auch nur für sich und den Selbstverzehr produzieren. Er muss nicht für den Markt produzieren. Die einzige Untergrenze ist jene der 104 Tagschichten.

Dazu wurde treffend bemerkt: Wer 104 Tagschichten leistet, produziert notgedrungen für den Markt und nicht für den Eigenkonsum. Wenn im Kartoffelanbau 30 Tagschichten für 1 Hektar verrechnet werden, so wird bei 104 Tagschichten notgedrungen für tausende von Personen produziert.

Die Realität ist, dass es mittlerweile eine Unzahl von Definitionen für den Selbstbauern gibt. Bei jeder Gelegenheit wird eine neue Begriffsbestimmung erlassen. So ist der Selbstbauer im Rentenrecht nicht mit dem Selbstbauer der Agrarverträge identisch und der Selbstbauer der Agrarverträge ist wiederum nicht mit dem Selbstbauer, der das Vorkaufsrecht geltend machen kann, identisch. Artikel 1647 ZGB hat wiederum eine andere Begriffsbestimmung. Dieses begriffliche Chaos hat die Vereinigten Abteilungen des Kassationsgerichtshofes im erwähnten Urteil zur Feststellung veranlasst, dass es keine einheitliche Begriffsbestimmung des Selbstbauers mehr gibt.

106) Die Tagschichten werden folgendermaßen berechnet:

- bei einem Hof von weniger als 10 Milchkühen werden für jede Kuh 18 Tagschichten gerechnet;
- im Weinbau werden pro Hektar zwischen 90 und 110 Tagschichten gerechnet;
- im Obstbau werden pro Hektar zwischen 80 und 110 Tagschichten gerechnet;
- im Kartoffelanbau werden pro Hektar 30 Tagschichten gerechnet;
- bei einer Dauerwiese werden zwischen 15 und 30 Tagschichten pro Hektar gerechnet.

Unterhalb dieser Mindestgrenze wird der Selbstbebauer dem „*piccolo colono*“ gleichgestellt, der rentenrechtlich seinerseits dem abhängigen landwirtschaftlichen Arbeiter gleichgestellt ist (Art. 20 Gesetz 1047/1957).

Was die Obergrenze betrifft, gilt als bäuerlicher Selbstbearbeiter jener bäuerliche Betrieb, in welchem die Familiengemeinschaft mindestens $\frac{1}{3}$ der erforderlichen Arbeitskraft erbringt.

Zur Familiengemeinschaft werden alle Personen über 15 Jahre gerechnet, die mit dem Betriebsinhaber innerhalb des 4. Grades verwandt oder verschwägert sind und die gewohnheitsmäßig und vorwiegend bei der manuellen Bearbeitung des Grundes, Haltung und Pflege des Viehs mitwirken.

Konstituierende Voraussetzung ist die Eintragung in die Namensverzeichnisse¹⁰⁷ der Bauern und Pächter.

Für alle aktiv gemeldeten Familienmitglieder wird ein Jahresbeitrag eingezahlt. Derzeit werden die Versicherungsbeiträge jedoch nicht für jedes mitarbeitende Familienmitglied getrennt eingezahlt, sondern der Titelträger der Versicherungsposition zahlt die gesamte Summe für alle mitarbeitenden Familienmitglieder ein. Mit dem Gesetz Nr. 153/1975 wurde neben dem Selbstbebauer die neue Figur des „landwirtschaftlichen Unternehmers“¹⁰⁸ eingeführt. Mit dem Gesetz Nr. 233/1990 wurde auch diese Unternehmerfigur und deren mitarbeitende Familienmitglieder zur allgemeinen Rentenversicherung ab dem Juli 1990 verpflichtet, wobei auf sie einfach das Rentenrecht der Selbstbebauer übertragen wurde (Art. 13 Gesetz 233/1990).

Der landwirtschaftliche Unternehmer unterscheidet sich vom Selbstbebauer dadurch, dass er nicht mehr selbst und manuell den Boden bearbeiten muss.

Zusammenfassend festgestellt, gibt es dieses Rentensystem der „Selbständigen in der Landwirtschaft“ also für drei Kategorien von in der Landwirtschaft

107) VGH 483/95 und Kass. 3192/01: Die Eintragung in die Namensverzeichnisse ist Voraussetzung für den Anspruch auf die Sozialleistung.

108) Bekannt unter dem Namen „*imprenditore agricolo a titolo principale*“. Die Figur des landwirtschaftlichen Unternehmers wurde in der EU-Richtlinie Nr. 159/1972 zum ersten Mal erwähnt. Als solcher gilt, wer eine genügende fachliche Qualifikation besitzt, sich zu einer Buchführung bereit erklärt, zwei Drittel seiner Zeit in die Landwirtschaft einbringt und zwei Drittel seines Einkommens aus der Landwirtschaft erhält, wobei das Einkommen unter dem mittleren Durchschnittseinkommen der nicht in der Landwirtschaft Arbeitenden liegen muss.

Mit Legislativedekret Nr. 99/2004 wurde die Kategorie der landwirtschaftlichen Unternehmer dem neuesten EU-Recht (Verordnung Nr. 1257/99) angepasst. Demzufolge gelten heute als landwirtschaftlicher Unternehmer jene Personen, welche über eine ausreichende berufliche Qualifikation verfügen und der landwirtschaftlichen Tätigkeit direkt oder als Gesellschafter mindestens 50% der eigenen Zeit widmen und aus dieser mindestens 50% des eigenen Einkommens schöpfen. Diese Grenzen reduzieren sich jeweils auf 25%, wenn der landwirtschaftliche Unternehmer in einem benachteiligten Gebiet arbeitet.

tätigen Personengruppen, nämlich für die (a) Selbstbebauer, (b) die assoziierten Teilselbständigen (Halbpächter, Teilpächter, Viehpächter usw.) und (c) die landwirtschaftlichen Unternehmer, sowie – man könnte sie als vierte Kategorie bezeichnen - für die mitarbeitenden Familienmitglieder dieser drei Personengruppen. Mit Artikel 9 des Gesetzes 228/2001 wurden die „Gesellschafter“ von den in der Landwirtschaft tätigen Personengesellschaften dem Selbstbebauer oder dem landwirtschaftlichen Unternehmer gleichgestellt, auch in rentenversicherungsrechtlicher Hinsicht.

6.9. Nachversicherung im Sinne des Art. 13 Gesetz Nr. 1338/1962 und Schadensersatz

Es kommt immer wieder vor, dass Arbeitnehmer über Jahre hinweg nicht sozialversichert waren und erst beim Eintritt ins Rentenalter bemerken, dass Versicherungsjahre und –zeiten fehlen. Vor allem innerhalb der Familienunternehmen wird immer wieder festgestellt, dass die Familienmitglieder jahrelang ohne Sozial- und Rentenversicherung gearbeitet haben.

Um dem Arbeitnehmer einen effektiven Schutz zukommen zu lassen, ist im Artikel 2116 ZGB, 1. Absatz das Prinzip festgeschrieben, dass er die Sozialleistungen (Krankengeld, Mutterschaftsgeld, Invalidengeld, Arbeitslosengeld usw.) trotzdem beanspruchen kann, auch wenn der Arbeitgeber die Beiträge nicht entrichtet hat. Dieses Prinzip ist aber durch die Spezialgesetzgebung, auf die sich die zivilrechtliche Bestimmung ausdrücklich beruft, stark eingeschränkt worden.

In Bezug auf die Rentenversicherung wurde folgende Einschränkung getroffen, wenn der Arbeitgeber die Versicherungsbeiträge für seine Beschäftigten nicht entrichtet hat:

- a) ist die Entrichtung der entsprechenden Beiträge für die allgemeine Rentenversicherung noch nicht verjährt, so zahlt der Arbeitgeber einfach die Beiträge samt den Strafgeldern und Strafzinsen nach. Der Arbeitnehmer gilt als versichert und trägt somit keinen Schaden davon (Artikel 40 Gesetz 153/69). Zurzeit beträgt die Verjährungsfrist 5 Jahre.¹⁰⁹ Auf der einen Seite gewährt die Pensionsversicherungsanstalt NISF-INPS dem Arbeitnehmer

109) Das Gesetz Nr. 335/95 (Artikel 3, Absätze 9 und 10) hat die Verjährung für die Entrichtung der Beiträge wieder auf 5 Jahre heruntersetzt. „Wieder“ deshalb, weil die ursprüngliche Verjährungsfrist schon einmal 5 Jahre betrug (Artikel 55 Gesetz 1827/1935). Sie wurde dann auf 10 Jahre heraufgesetzt (Art. 41 Gesetz 153/1969) und dann zeitweise gar auf 13 Jahre (Artikel 2, Absatz 19 Gesetz 638/83).

die Pensionsleistung, auf der anderen Seite fordert sie beim Arbeitgeber die Nachzahlung der entsprechenden Beiträge ein. Für die Versicherungsanstalt ist es insgesamt betrachtet ein „Nullsummenspiel“.

- b) Ist die Entrichtung der Beiträge allerdings bereits verjährt, erlischt auch der automatische Versicherungsschutz. Im Pensionswesen gilt nämlich die eiserne Regel, dass schon verjährte Beiträge nicht mehr nachgezahlt werden dürfen und von der Pensionsversicherungsanstalt INPS–NISF auch nicht mehr entgegengenommen werden dürfen. Dieses Verbot der Entgegennahme von verjährten Beiträgen ist ein vom Gesetz aufgebauter finanzieller Schutzmechanismus für die Pensionsversicherungsanstalt INPS – NISF.¹¹⁰

Die Folge dieser Regel ist, dass der Arbeitnehmer ab jenem Moment, in welchem die Verjährung eingetreten ist, versicherungs- und schutzlos dastehen würde. Seine Beiträge dürfen nicht mehr nachgezahlt werden, er ist nicht versichert. Um den Arbeitnehmer vor dem durch die fehlenden Einzahlungen entstandenen Schaden zu bewahren, hat der Gesetzgeber ein eigenes Instrument geschaffen, das es ihm trotzdem ermöglicht, eine Rente zu erhalten, indem zu seinen Gunsten eine Leibrente im Sinne des Artikel 13 des Gesetzes 1338/1962 errichtet wird.¹¹¹

Ein praktisches Beispiel: Es kommt nicht selten vor, dass Arbeitsverhältnisse nicht durch Versicherung gedeckt sind. Vor allem in den früheren Jahrzehnten nahm man es mit der Versicherungsdeckung nicht immer ernst. Ist einmal die Verjährungsfrist für die Nachzahlung der Beiträge abgelaufen, bleibt dem Arbeitnehmer nur mehr die Möglichkeit der Errichtung einer Leibrente. Auch wenn er wollte, könnte der Arbeitgeber die verjährten Beiträge gar nicht mehr nachzahlen. Bei der Errichtung der Leibrente rechnet die Pensionsversicherungsanstalt INPS-NISF die so genannte „mathematische Reserve“ aus, also jenen Betrag, der nachzuzahlen ist, damit der Arbeitnehmer die Leibrente ausbezahlt bekommt. Die „*riserva matematica*“, die viel höher ist als die nicht einbezahl-

110) Es ist dies das Prinzip der sog. „*irrecivibilità dei contributi prescritti*“ (Artikel 55 Gesetz 1827/1935). Die Möglichkeit der „*retentio soluti*“ im Sinne des Artikel 2940 ZGB ist dem INPS – NISF untersagt. Wenn Beiträge eingezahlt werden, die verjährt sind, dürfen sie von der Pensionsversicherungsanstalt nicht einbehalten werden. Sie müssen zurückgegeben werden. Hinter diesem strikten Verbot stecken versicherungsmathematische Überlegungen.

111) Der erste Absatz des Artikel 13 Gesetz 1338/1962 lautet:
„*Ferme restando le disposizioni penali, il datore di lavoro che abbia omesso di versare i contributi per l'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti e che non possa più versarli per sopravvenuta prescrizione ai sensi dell'art. 55 RDL 4 ottobre 1935 n° 1827 (heute: Art. 3, Absatz 9 Gesetz 335/1995 = 5 Jahre) può chiedere all'INPS di costituire, nei casi previsti dal successivo comma quarto una rendita vitalizia reversibile pari alla pensione o quota di pensione adeguata dell'assicurazione obbligatoria che spetterebbe al lavoratore dipendente in relazione ai contributi omessi.*“

ten Beiträge¹¹², kann vom Arbeitgeber nachgezahlt werden. Sollte sich der Arbeitgeber weigern, kann sie vom Arbeitnehmer selbst nachbezahlt werden, und der Arbeitgeber muss ihm denselben Betrag in Form eines Schadensersatzes zurückzahlen, nachdem er eine Schadensersatzklage gegen den Arbeitgeber eingereicht hat.¹¹³ Das ganze folgende Gerichtsverfahren ist rigorosen Beweiskriterien unterworfen. Um Missbrauch vorzubeugen, ist die Nachversicherung nur dann zugelassen, wenn Dokumente mit gesichertem Datum vorgelegt werden. Ein Beispiel zur Verdeutlichung: In der Praxis ist es oft schwierig zu kontrollieren, ob vor 30 Jahren ein Arbeitsverhältnis bestanden hat oder nicht. Es wäre ein Leichtes ein solches Arbeitsverhältnis vorzutäuschen und durch Zeugen belegen zu lassen. Deshalb muss ein schriftliches Dokument mit gesichertem Datum vorgelegt werden, welches belegt, dass damals ein Arbeitsverhältnis bestanden hat (4. und 5. Absatz des Artikel 13 Gesetz 1338/62). In der Regel wird vom INPS-NISF die Vorlage des Arbeitsbüchleins verlangt, es genügt aber auch ein Lohnstreifen aus der damaligen Zeit. Es könnte aber auch ein anderes Schriftstück sein, wie ein Brief oder ein Verwaltungsdokument, aus denen das damalige Arbeitsverhältnis hervorgeht¹¹⁴.

Hinsichtlich der Verjährungsfristen in Bezug auf die Klage zur Errichtung der Leibrente hat die Rechtsprechung eigene Regeln erarbeitet. Die Klage ist der ordentlichen zehnjährigen Verjährungsfrist unterworfen, die erst dann zu laufen beginnt, sobald feststeht, dass der Pensionsanspruch verloren ist.¹¹⁵

112) Der nachzuzahlende Betrag, die sog. „*riserva matematica*“, ist deshalb sehr hoch, weil er nicht mehr den unterlassenen und nicht eingezahlten Beiträgen entspricht, sondern der vom INPS-NISF dem Arbeitnehmer in Zukunft noch auszahlenden Rente, wobei versicherungsmathematische Wahrscheinlichkeitsrechnungen angestellt werden.

113) Es ist eine Schadensersatzklage im Sinne des Artikels 13, 5. Absatz des Gesetzes Nr. 1338/1962. Diese auf die Nachversicherung bezogene Klage ist eine Spezifizierung der allgemeinen Schadensersatzklage des Artikel 2116, 2. Absatz ZGB. Es findet in der Regel ein „Drecksprozess“ statt, also ein Prozess, in welchem drei Parteien vertreten sind, nämlich der Arbeitnehmer, das INPS-NISF und der ehemalige Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer klagt das INPS-NISF auf Errichtung der Leibrente und den Arbeitgeber auf Verurteilung zur Zahlung des nachzuzahlenden Betrages, der „*riserva matematica*“. Im Urteil wird das NISF dazu verurteilt, dem Arbeitnehmer die Leibrente zu errichten, der Arbeitgeber wird dagegen dazu verurteilt, die für die Errichtung der Leibrente notwendige Summe („*riserva matematica*“) zu bezahlen. Näheres zur Notwendigkeit der Streitgenossenschaft: vgl. Kass. 1283/84.

114) Die Dauer des Arbeitsverhältnisses kann durch Zeugen bewiesen werden. In diesem Sinne hat sich der Verfassungsgerichtshof im Urteil Nr. 568/89 geäußert, laut welchem die Existenz des Arbeitsverhältnisses nur durch schriftliche Dokumente nachgewiesen werden kann, während die Dauer des Arbeitsverhältnisses auch mündlich bewiesen werden kann. Dem Rekurssteller darf die Beweisführung nicht zum Ding der Unmöglichkeit („*probatio diabolica*“) gemacht werden, was der Fall wäre, wenn auch die Dauer des Arbeitsverhältnisses schriftlich belegt werden müsste.

115) Vgl. Kass. 12.517/2003 und Kass. 10.528/1997. Beispiel: die Pensionsversicherungsanstalt teilt dem Arbeitnehmer mit, dass er aufgrund der fehlenden Versicherungszeiten keinen Pensionsanspruch hat. Ab diesem Augenblick, also ab dem Augenblick der Gewissheit des fehlenden Pensionsanspruches, hat er 10 Jahre Zeit, die Klage gemäß Art. 13 Gesetz 1338/1962 einzureichen.

6.10. Die Nachversicherung der mitarbeitenden Familienangehörigen

Die Möglichkeit des Nachkaufes der Versicherungszeiten durch Errichtung der Leibrente im Sinne des Art. 13 Gesetz 1338/1962 war ursprünglich nur für untergeordnete Arbeitsverhältnisse gedacht. Es sollte dem im untergeordneten Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer ein Instrument in die Hand gegeben werden, das ihn nicht ohne Rente dastehen lässt, wenn der Arbeitgeber die Beiträge nicht entrichtet hatte.

Die Möglichkeit des Nachkaufes der Versicherungszeiten durch Errichtung der Leibrente war also nicht für selbstständig Arbeitende oder in einem freien Arbeitsverhältnis Arbeitende gedacht.

In diesen Fällen herrschte nämlich das „Prinzip der Eigenverantwortlichkeit“ vor. Der selbstständig Arbeitende war selbst für die Einzahlung seiner Versicherungsbeiträge verantwortlich, und wenn er dies im Laufe der Jahre unterlassen hatte, so hatte er dies sich selbst zuzuschreiben. Dieses Prinzip gilt heute noch. Der selbstständig Schaffende kann keine Sozialleistung beanspruchen, wenn er dafür nicht die Beiträge entrichtet hat, und er kann auch nicht die Errichtung einer Leibrente im Sinne des Artikel 13 Gesetz Nr. 1338/1962 beantragen, wenn er es selbst vorher nicht für nötig befunden hatte, die Versicherungsbeiträge zu entrichten.

Bekanntlich befinden sich die im Unternehmen mitarbeitenden Familienmitglieder nicht im Status der Unterordnung. Die Mitarbeit im Familienbetrieb wird als eine Unterart der freien und selbstständigen Mitarbeit betrachtet.

Also könnte – rigoros betrachtet - auch das Familienmitglied nicht die Errichtung einer Leibrente beantragen.

In einer rigorosen Lesart des Artikel 13 des Gesetzes 1338/62 würde genau jene Kategorie von Personen, nämlich die Familienmitglieder, die aus historischen Gründen auf die Möglichkeit der Nachversicherung besonders angewiesen ist, ziemlich schutzlos dastehen und dürfte nicht von der Möglichkeit der Errichtung einer Leibrente Gebrauch machen. Dies deshalb, weil die Familienmitglieder nicht im abhängigen Arbeitsverhältnis stehen und selbst für die Rentenversicherung verantwortlich sind.

Mit dem Urteil Nr. 18/95 hat der Verfassungsgerichtshof jedoch den Schutz des Artikels 13 des Gesetzes Nr. 1338/1962 auch auf die mitarbeitenden Familienmitglieder ausgedehnt. Die im Handwerksbetrieb, im Handelsbetrieb oder im Hotel des Vaters oder des Ehegatten mitarbeitenden Familienmitglieder ex Art. 230-bis ZGB können die Errichtung einer Leibrente beantragen. Sie können

die Nachversicherung beantragen.¹¹⁶ Sie werden diesbezüglich den in einem untergeordneten Arbeitsverhältnis stehenden Personen gleichgestellt. Die Argumentation des Verfassungsgerichtshofes war jene, dass Familienmitglieder in versicherungsrechtlicher Hinsicht eher einem Arbeitnehmer gleichen als einem selbständigen Arbeitenden. Sowohl der Arbeitnehmer als auch das Familienmitglied haben im Unternehmer einen Gegenspieler, dem sich der wirklich selbständig Arbeitende nicht gegenüber sieht.

Mit dem Urteil Nr. 16147/2004 hat der Kassationsgerichtshof die Möglichkeit der Nachversicherung der im landwirtschaftlichen Unternehmen mitarbeitenden Familienmitglieder bestätigt.¹¹⁷

Diese Urteile haben eine wichtige Lücke geschlossen, denn – wie bereits erwähnt - gerade Familienmitglieder sind oft nicht rentenversichert. Genau diese Familienmitglieder, für die die Möglichkeit der Nachversicherung besonders wichtig ist, würden schutzlos dastehen und sprichwörtlich durch den Raster fallen, wenn die Rechtsprechung die Möglichkeit der Nachversicherung gemäß Art. 13 Gesetz 1338/632 nicht auch auf sie ausgedehnt hätte. Ohne Möglichkeit der Nachversicherung müssten sie eine gewöhnliche Schadenersatzklage im Sinne des Artikel 2116, 2. Absatz ZGB einreichen.

Ein Familienmitglied, das jahrelang im Hotelbetrieb oder im Handwerksbetrieb ohne Sozialversicherung gearbeitet hat, kann den Unternehmer auffordern - wenn die Frist für die Entrichtung der Beiträge schon verjährt ist - im Sinne des Artikels 13 Gesetz 1338/62 eine Leibrente zu errichten.

Sollte der Unternehmer dieser Aufforderung nicht nachkommen, so kann das Familienmitglied selbst diese Leibrente errichten und den für die Errichtung an das INPS-NISF zu zahlenden Betrag (sog. „mathematische Reserve“) in Form von Schadenersatz vom Unternehmer zurückverlangen. Zum Schutze der Pensionsversicherungsanstalt ist der Prozess jedoch strengen Beweisregeln unterworfen.

116) Im Rundschreiben Nr. 31/2002 ist das NISF-INPS auf die durch das mitarbeitende Familienmitglied vorzulegenden Dokumente eingegangen. Als schriftliches Dokument sicheren Datums, das eine Mitarbeit im Familienunternehmen belegt, gelten der Gründungsakt des Familienunternehmens, Nachweise des Arbeitsinspektorates usw. Was in diesem Rundschreiben nicht bedacht worden ist, ist die Tatsache, dass die Mitarbeit im Familienunternehmen auch nur faktisch erfolgen kann. Um ein Familienunternehmen zu haben, bedarf es nicht eines schriftlichen Gründungsaktes. Es kann also ohne weiteres vorkommen, dass keine schriftlichen Dokumente die Mitarbeit im Familienbetrieb belegen. Dies im Gegensatz zum abhängigen Arbeitsverhältnis, bei dem schriftliche Dokumente vorhanden sind, wie das Arbeitsbüchlein, die Eintragung ins Matrikelbuch, der Lohnstreifen usw. Es kann somit für das Familienmitglied äußerst schwierig werden, den hohen Beweisansprüchen Genüge zu tun.

117) Mit der Nachversicherung im Bereich der Selbstbebauer beschäftigen sich folgende Rundschreiben des INPS-NISF: Rundschreiben Nr. 32/2002, Nr. 112/2003, Nr. 36/2003 und 10/2004.

6.11. Die Mutterschaft

Das mit Gesetz Nr. 546/87 eingeführte Mutterschaftsgeld für Selbständige (Handwerker, Handelstreibende und Selbstbauer) kann auch von der mitarbeitenden Ehegattin beansprucht werden. Es beträgt 80% des Lohnes eines Arbeiters und wird 2 Monate vor und 3 Monate nach der Geburt ausbezahlt. Dabei müsste die Entschädigung auch beansprucht werden können, selbst wenn die Beiträge nicht entrichtet worden sein sollten. Dies im Sinne des oben mehrfach erwähnten Prinzips des Art. 2116 ZGB.

7

Das Familienunternehmen in der Landwirtschaft

7.1 Das bäuerliche Familienunternehmen im Sinne des
Art. 48 Gesetz 203/82

7.2 Das Familienunternehmen und der geschlossene Hof

7.3 Der geschlossene Hof und das zivilrechtliche
Familienunternehmen ex Art. 230-bis ZGB

7.4 Der geschlossene Hof und das landwirtschaftliche

7.5 Sonderbestimmungen zur Mitarbeit in der Landwirtschaft und zur
Hausarbeit auf dem geschlossenen Hof

Das bäuerliche Familienunternehmen im Sinne des Art. 48 Gesetz 203/82

Das Familienunternehmen gemäß Artikel 230-bis ZGB hat seinen Rechtsweg in der stillschweigenden Familiengemeinschaft. Diese war nach dem hierarchischen Prinzip strukturiert.

Als die Bestimmungen über das neue Familienunternehmen verabschiedet wurden, gab es sofort zwei verschiedene Auslegungsansätze.

Die erste, progressive Auslegung betonte die demokratische Gleichberechtigung der Familienmitglieder gegenüber dem Familienoberhaupt. Das Unternehmen habe nun nicht mehr nur einen Unternehmer, sondern mehrere Unternehmer. Das Unternehmen wurde zu einem kollektiven Unternehmen.

Die zweite, konservative Auslegung beharrte weiterhin auf dem hierarchischen Prinzip. Das Unternehmen habe weiterhin nur einen Unternehmer. Das Unternehmen blieb ein Einzelunternehmen. Es wurde schon mehrfach dargelegt, wie sich die Rechtsprechung nach anfänglichem Zögern nunmehr durchgängig für die zweite Auslegung ausgesprochen hat. Sie betrachtet das Familienunternehmen gemäß Art. 230-bis ZGB weiterhin als ein Einzelunternehmen, die Mitbestimmungsrechte des mitarbeitenden Familienmitgliedes werden stark eingeschränkt. Die erste, progressive Auslegung übernahm jedoch der Gesetzgeber, als er - noch ganz im demokratischen Geiste der Familienrechtsreform verwurzelt - im Jahre 1982 das Gesetz Nr. 203 über die landwirtschaftlichen Verträge erließ. Dieses Gesetz regelt im Artikel 48 das bäuerliche Familienunternehmen¹¹⁸.

118) Art. 48 Gesetz Nr. 203/1982 lautet:

„(Bäuerliches Familienunternehmen)

Ein Halbpachtverhältnis und, wenn es sich um ein bäuerliches Familienunternehmen handelt, ein Teilpachtverhältnis und ein Pachtverhältnis, sowie jedes andere landwirtschaftliche Rechtsverhältnis bestehen zwischen dem Übergeber einerseits und der bewirtschaftenden Familie andererseits, die gegenüber dem Übergeber, wenn dieser es verlangt, von einem der Familienmitglieder vertreten wird. Das Rechtsverhältnis wird auch mit einem einzigen Familienmitglied fortgesetzt, wenn dessen Arbeitskraft wenigstens ein Drittel der für die gewöhnlichen Erfordernisse der Bewirtschaftung des Grundstücks notwendigen darstellt.

Die Familienmitglieder haften mit den gemeinsamen Gütern für die im Rahmen des landwirtschaftlichen Rechtsverhältnisses eingegangenen Verbindlichkeiten. Für diese Verbindlichkeiten haften zudem persönlich und als Gesamtschuldner die Familienmitglieder, die im Namen und auf Rechnung der Familie gehandelt haben, und vorbehaltlich einer anders lautenden Abmachung auch die übrigen Familienmitglieder. Besteht kein Familienunternehmen, kann der Übernehmer auch ohne Einwilligung des Bestandgebers den Vertrag an einen oder mehrere Angehörige seiner Familie, welche die direkte Bewirtschaftung oder Bearbeitung des Grundstücks fortsetzen, abtreten, sofern diese seit mindestens drei Jahren eine landwirtschaftliche Tätigkeit hauptberuflich ausüben.“

Von der Rechtsprechung der Agrarsektionen wurde diese Bestimmung des Artikels 48 immer dahingehend ausgelegt, dass das bäuerliche Familienunternehmen nicht ein Einzelunternehmen, sondern ein kollektives Unternehmen sei, das ganz den Regeln der einfachen Gesellschaft folgt.¹¹⁹

In der Frage der Haftung übernimmt Artikel 48 tatsächlich den Grundsatz der Solidarhaftung des Art. 2267 ZGB, also der Solidarhaftung der einfachen Gesellschaft. Es besteht somit kein Zweifel, dass das Familienmitglied des bäuerlichen Familienunternehmens selbst als Unternehmer oder Mitunternehmer betrachtet wird.

Es werden zwar immer wieder die Gemeinsamkeiten des zivilrechtlichen Familienunternehmens des Artikels 230-bis ZGB und des bäuerlichen Familienunternehmens des Artikels 48 Gesetz 203/1982 betont, wobei das bäuerliche Familienunternehmen als eine Abwandlung des zivilrechtlichen Familienunternehmens dargestellt wird, in Wirklichkeit haben beide aber nicht viel gemeinsam. Das zivilrechtliche Familienunternehmen ist ein Einzelunternehmen, das bäuerliche Familienunternehmen ist dagegen ein kollektives Unternehmen. Entsprechend verschieden stellt sich somit die Position des einzelnen mitarbeitenden Familienmitgliedes dar. Im zivilrechtlichen Familienunternehmen, das nur interne Relevanz hat, tritt das mitarbeitende Familienmitglied nach außen nicht auf. Es haftet nicht für das Unternehmen und vertritt nach außen das Unternehmen auch nicht.

Im landwirtschaftlichen Familienunternehmen verhält es sich dagegen genau umgekehrt. Das mitarbeitende Familienmitglied haftet solidarisch und gesamtschuldnerisch mit den anderen Familienmitgliedern. Das Familienmitglied vertritt die Gesellschaft auch nach außen. Es gilt auch das Prinzip der Einzelgeschäftsführung.¹²⁰ Es werden zwar nebensächliche Gemeinsamkeiten zwischen dem zivilrechtlichen Familienunternehmen und dem bäuerlichen Familienunternehmen betont¹²¹, diese ändern aber nichts am strukturellen Grundunterschied

119) Vgl. ex multis Kass. 1099/06: “... l'impresa si configura come organismo collettivo, formato dai familiari e finalizzato all'esercizio in comune dell'impresa agricola, da ricondursi all'impresa collettiva ed equiparabile alla forma più elementare di essa, la società semplice, la cui disciplina è del resto significativamente riprodotta, sia pure in parte, nel testo dell'art. 48 della citata legge n° 203/1982.”

Idem: Kass. 3626/96, Kass. 9693/95, Kass. 8598/01 und Kass. 8218/02.

120) Vgl. ex multis Kass. 8218/02: “Nei confronti della famiglia coltivatrice sono applicabili...le disposizioni degli articoli 2266 e 2257 codice civile in materia di società semplice...” Artikel 2266 ZGB überträgt die Vertretungsmacht jedem geschäftsführenden Gesellschafter, Artikel 2257 ZGB überträgt jedem einzelnen Gesellschafter die Befugnis der Geschäftsführung.

121) Vgl. Kass. 1668/98: Sei es im zivilrechtlichen als auch im bäuerlichen Familienunternehmen ist der Rücktritt frei. Vgl. Kass. 3626/96: Bei beiden Typen von Familienunternehmen muss das verwandte Familienmitglied nicht am selben Tisch essen und unter demselben Dach wohnen, um seine Rechte beanspruchen zu können. Es genügt die ständige Mitarbeit. Vgl. Kass. 4047/95: Die relevanten Verwandtschaftsgrade sind in beiden Typen von Familienunternehmen identisch.

zwischen beiden Typen von Familienunternehmen. Vor diesem Hintergrund kann eindeutig festgestellt werden, dass die Verschiedenheiten überwiegen. Hier nur einige Unterschiede, die im Laufe der Jahre von der Rechtsprechung herausgearbeitet wurden:

- 1) Das Mitglied des bäuerlichen Familienunternehmens ist zur Vertretung nach außen befugt und kann allein vor Gericht auftreten. Es müssen nicht die anderen Familienmitglieder in den Streit gerufen werden, es besteht keine Streitgenossenschaft.¹²² Das Mitglied des zivilrechtlichen Familienunternehmens hat dagegen keine Vertretungsbefugnis nach außen und tritt auch nicht vor Gericht auf.
- 2) Der landwirtschaftliche Vertrag muss nicht gegenüber allen Mitgliedern des bäuerlichen Familienunternehmens aufgekündigt werden, es genügt wenn er gegenüber einem einzigen Familienmitglied aufgekündigt wird.¹²³ Im zivilrechtlichen Familienunternehmen kann die Aufkündigung jedweden Vertrages nur gegenüber dem Unternehmer selbst erfolgen, Familienmitglieder treten im Außenverhältnis nicht auf.
- 3) Vorkaufsrecht: Das Angebot unter Angabe des Preises des Feldes muss nur an ein Familienmitglied gerichtet werden und nicht an alle Familienmitglieder. Da jedes einzelne Familienmitglied voll geschäfts- und vertretungsbefugt ist, genügt es, wenn die sog. „*denuntiatio*“ nur an ein Familienmitglied gerichtet ist.

Das bäuerliche Familienunternehmen des Art. 48 Gesetz 203/9182 ist ein kollektives Unternehmen, das zivilrechtliche Familienunternehmen des Art. 230-bis ZGB ist ein Einzelunternehmen. Die Grundstruktur beider Unternehmenstypen ist grundverschieden, sodass sie unvereinbar sind. Das bäuerliche Familienunternehmen folgt den Regeln der faktischen Gesellschaft.

7.2. Das Familienunternehmen und der geschlossene Hof

Laut Artikel 38 des geltenden Höfegesetzes Nr. 17/2001 gilt der geschlossene Hof als ein persönliches Gut im Sinne des Artikel 179 ZGB.

Die Frage die sich ergibt, ist jene, ob das persönliche Gut des geschlossenen Hofes mit den Bestimmungen des Familienunternehmens vereinbar ist oder nicht. Als Antwort kann an dieser Stelle vorweggenommen werden, dass der

122) In diesem Sinne Kass. 3626/96 und Kass. 9693/95.

123) Vgl. Kass. 8218/02.

geschlossene Hof mit dem zivilrechtlichen Familienunternehmen des Artikels 230-bis ZGB vereinbar ist, nicht jedoch mit dem bäuerlichen oder landwirtschaftlichen Familienunternehmen des Art. 48 Gesetz 203/1982.

7.3. Der geschlossene Hof und das zivilrechtliche Familienunternehmen ex Art. 230-bis ZGB

Das Höfegesetz Nr. 17/2001 und das zivilrechtliche Familienunternehmen des Artikel 230-bis ZGB sind deshalb miteinander vereinbar, weil sie verschiedene Bereiche regeln.

Die Bestimmung des Art. 38 Höfegesetz zielt auf die Eigentumsfrage ab. Auf die Frage, wem der geschlossene Hof gehört, wird geantwortet, dass er als persönliches Gut im Eigentum des Bauern steht und dass er von jeder Form von Gütergemeinschaft und Miteigentumschaft mit dem Ehegatten ausgeschlossen ist.

Die zweite Bestimmung, jene des Artikel 230-bis ZGB, zielt auf die Rechte des mitarbeitenden Familienmitgliedes ab. Die verwaltungsrechtlichen und auch die wirtschaftlichen Beteiligungsrechte des mitarbeitenden Familienmitgliedes schließen nicht die Ausschließlichkeit des Eigentums am geschlossenen Hof aus.¹²⁴ Das Familienmitglied nimmt an bestimmten Entscheidungen teil, hat ein Recht auf Beteiligung an den Gewinnen und den Zuwächsen, die in Form von Geld auszubezahlen sind, der Hof bleibt aber im ausschließlichen Eigentum des Bauern.

Das zivilrechtliche Familienunternehmen des Artikels 230-bis ZGB ist mit den Bestimmungen des geschlossenen Hofes ohne weiteres in Einklang zu bringen, da beide von der Grundstruktur des Einzelunternehmens ausgehen.

Artikel 38 des Höfegesetzes und Artikel 230-bis ZGB ergänzen sich gegenseitig. Artikel 38 des Höfegesetzes endet dort, wo Artikel 230-bis ZGB beginnt. Das Höfegesetz kümmert sich nicht um die Teilhaberrechte des Familienmitgliedes, die zivilrechtliche Bestimmung kümmert sich nicht um die eigentumsrechtlichen Fragen und die vielen anderen Fragen, auf die das Höfegesetz eine Antwort gibt.

Mit anderen Worten, die Mitbestimmungsrechte des Artikel 230-bis ZGB sind auch auf den geschlossenen Hof ausdehnbar. Die Familienmitglieder haben ein Mitspracherecht bei Entscheidungen, die in Zusammenhang mit der außerordentlichen Geschäftsführung, mit den Produktionsrichtlinien und mit der Verwendung der Gewinne und Zuwächse des geschlossenen Hofes stehen. Es gibt keinen tieferen Grund, das Familienmitglied aus diesen Entscheidungen auszuschließen. Wie bereits ausgeführt (vgl. im Kapitel 4.9.: „Das Recht auf

¹²⁴) Contra: OLG Trient 30.5.87.

Mitentscheidung“), wirkt das Recht auf Mitentscheidung nur nach „innen“ und stellt nicht viel mehr als eine gesetzliche Aufforderung an den Unternehmer, in diesem Fall an den Hofeigentümer, dar, die Familienmitglieder bei den Entscheidungen mit einzubeziehen. Die Entscheidungen werden aber nicht für nichtig erklärt, wenn das Familienmitglied nicht zur Mitentscheidung gerufen wird, sondern geben höchstens Anlass zu einer Schadensersatzklage.

Zuletzt sei noch auf den 3. Absatz des Artikels 38 des geltenden Höfegesetzes Nr. L.G. 17/2001 verwiesen, der lautet:

“Wird der geschlossene Hof als Familienunternehmen geführt, finden unter Wahrung der Grundsätze über die Regelung der geschlossenen Höfe die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches Anwendung“.

Mit dieser Bestimmung scheint der Landesgesetzgeber eine Wertung vorgenommen zu haben, mit der er im potentiellen Konflikt zwischen den Bestimmungen des Familienunternehmens und den Bestimmungen des geschlossenen Hofes letzteren den Vorrang einzuräumen scheint. Im Konfliktfall überwiegen – so die Auffassung des Landesgesetzgebers - die Grundsätze des Höfegesetzes, denen die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches unterzuordnen sind.

Wenn damit gemeint ist, dass die Grundsätze des Höfegesetzes im Konfliktfall über den Grundsätzen des zivilrechtlichen Familienunternehmens stehen, so ist es ein völlig überflüssiges Werturteil, denn das Höfegesetz und das zivilrechtliche Familienunternehmen des Art. 230-bis ZGB spielen – wie eben gesagt- auf einer anderen Ebene und regeln verschiedene Bereiche, sodass sie sich gegenseitig ergänzen, sich aber nicht gegenseitig ausschließen.

Das Werturteil ist aber nicht nur überflüssig, es ist auch harmlos, da aus ihm keine direkte Vorschrift abgeleitet werden kann und es ohne direkte Auswirkungen auf die konkreten Rechtsbeziehungen ist.

Trotzdem sei festgehalten, dass aus einer verfassungsrechtlichen Sichtweise die vom Landesgesetzgeber vorgenommene Wertung berechtigterweise angezweifelt werden kann, denn die Bestimmung des Artikel 230-bis ZGB schützt mindestens gleich hohe Verfassungswerte wie jene, die dem geschlossenen Hof zugrunde liegen. Grundwerte, wie die Gleichwertigkeit der Arbeit der Frau mit jener des Mannes, die Gleichwertigkeit der Arbeit der Familienangehörigen und das Recht auf Anerkennung der Arbeitsleistung auch innerhalb der Familie sind in der Wertehierarchie der Verfassung nämlich ganz oben anzusiedeln. Diese Werte sind nicht minder schützenswert als jene durch den geschlossenen Hof geschützten Werte, die primär wirtschaftlicher Natur sind.

Der Regeln des geschlossenen Hofes und des Familienunternehmens gemäß Art. 230-bis ZGB sind miteinander vereinbar.

Artikel 38 des Hofegesetzes und Artikel 230-bis ZGB beziehen sich auf zwei verschiedene Bereiche, die sich gegenseitig ergänzen. Beide gehen von der Grundstruktur des dem Familienoberhaupt gehörenden Einzelunternehmens aus.

Die im Artikel 230-bis ZGB angeführten Teilhaberrechte können auch von den auf dem geschlossenen Hof mitarbeitenden Familienmitgliedern geltend gemacht werden. Bei Missachtung können die Familienmitglieder nicht die Nichtigkeitsklärung der Entscheidung einfordern, sondern nur den Schaden geltend machen.

7.4. Der geschlossene Hof und das landwirtschaftliche Familienunternehmen des Art. 48 Gesetz 203/1982

Der geschlossene Hof als ein dem Bauern gehörender Betrieb, für den nur er die Verantwortung trägt, ist nicht mit den Regeln des landwirtschaftlichen Unternehmens des Artikel 48 Gesetz Nr. 203/82 vereinbar.

Entscheidungsbefugnis, Verantwortung, Haftung und Vertretung nach außen liegen in unserem Rechtsverständnis traditionell nur beim Hofeigentümer. Mit diesen Prinzipien sind jene des Artikel 48 Gesetz Nr. 203/82 nicht vereinbar, laut denen der Bauer nur einer von mehreren Mitunternehmern ist und genauso wie die anderen Familienmitglieder auch nur eine Stimme hat. Im bäuerlichen Familienunternehmen des Artikels 48 ist der Bauer nur eines von mehreren Familienmitgliedern, die allesamt gleichberechtigt im Sinne einer faktischen Gesellschaft im Unternehmen tätig sind.

Es besteht keine „Harmonie“ zwischen den einzelnen Rechtsinstituten.

Das zivilrechtliche Familienunternehmen und der geschlossene Hof sind als ein Einzelunternehmen, das bäuerliche Familienunternehmen ist hingegen als ein kollektives Unternehmen gedacht. Das bäuerliche Familienunternehmen des Art. 48 fällt aus der Reihe, es kann nicht als eine Unterart des übergeordneten zivilrechtlichen Familienunternehmens gelten. Es ist ein ‚*tertium genus*‘.

Es ergibt sich somit die Frage nach dem Stellenwert des bäuerlichen Familienunternehmens. Hat die Begriffsbestimmung im Artikel 48 Gesetz Nr. 203/1982 einen allgemein gültigen Wert oder ist sie nur sehr begrenzt für die im Gesetz 203/1982 geregelten Bereiche einsetzbar?

Die Antwort kann nur lauten, dass dem bäuerlichen Familienunternehmen des Artikels 48 lediglich ein sehr begrenzter Stellenwert eingeräumt werden kann,

der nicht über den Wirkungsbereich des Gesetzes Nr. 203/1982 hinausreicht. Dieses Gesetz regelt die Agrarverträge, und die Prozesse werden von einer eigenen Sektion des Landesgerichts (Agrarsektion) unter Anwendung des Verfahrens der Arbeitsprozesse abgewickelt. Nur in diesem beschränkten Prozessrahmen gelten einige eigene Verfahrensregeln, die vor dem Hintergrund des bäuerlichen Familienunternehmens als ein kollektives Unternehmen erstellt worden sind.

Beispiel: Nur unter der Voraussetzung, dass – wie im kollektiven Unternehmen - jedes Familienmitglied gleichberechtigt ist, wird die oben angeführte Rechtsprechung verständlich, die es zulässt, dass die Vertretung nach außen jedem Familienmitglied zusteht, dass es genügt, wenn die ‚denuntiatio‘ nur an ein Familienmitglied gerichtet ist usw.

Wie schon im Urteil Nr. 616/99 der Vereinigten Abteilungen des Kassationsgerichtshofes festgestellt worden ist, hat sich der Gesetzgeber im Bereich der Landwirtschaft nämlich völlig „verrannt“, da er im Laufe der Jahrzehnte immer wieder neue Begriffsbestimmungen erarbeitet hat.

Der „Bauer“, als solcher nur ein soziologischer Begriff, wurde juristisch immer wieder neu beschrieben und erhielt im Laufe der Jahrzehnte in der nationalen wie auch in der europäischen Gesetzgebung immer wieder neue Definitionen.¹²⁵

In der Landwirtschaft gibt es keine einheitliche Begriffsbestimmung mehr. Es kann somit ohne weiteres behauptet werden, dass jede Begriffsbestimmung nur im Rahmen des jeweiligen Gesetzes Anwendung findet. So gelten die verschiedenen Begriffsbestimmungen des Selbstbauers nur für den Wirkungsbereich des jeweiligen Gesetzes, und auch das bäuerliche Familienunternehmen gilt nur spezifisch für den Wirkungsbereich des Gesetzes Nr. 203/1982 über die landwirtschaftlichen Verträge.

Im Artikel 48 ist keine Begriffsbestimmung des bäuerlichen Familienunternehmens mit allgemein gültigem Wert enthalten, der über den durch das Gesetz Nr. 203/82 geregelten Bereich hinausgehen würde.

125) Artikel 1647 ZGB enthält eine erste Begriffsbestimmung des „Selbstbauers“, Artikel 6 des Gesetzes Nr. 203/82 eine weitere, Artikel 205 TU INAIL wieder eine andere und im Rentengesetz Nr. 9/63 nimmt man wieder auf einen anderen Typus des „Selbstbauers“ Bezug. Der „Selbstbauer“ unterscheidet sich vom landwirtschaftlichen Unternehmer des Art. 2135 ZGB, der sich wiederum vom „*imprenditore agricolo a titolo principale*“ des Gesetzes Nr. 153/75 unterscheidet. Hinzu kommen noch mehrere Begriffsbestimmungen aus dem EU-Recht. Jedes Gesetz mit Steuer- oder Beitragserleichterung enthält eine eigene Definition von „Selbstbauer“, „landwirtschaftlichen Unternehmer“ oder „Landwirt“, auf den die Erleichterung gerade zugeschnitten ist.

Abschließend sei festgehalten, dass immer auf den Artikel 230-bis ZGB zurück zu greifen ist, wenn man vom Familienunternehmen spricht, denn allein die zivilrechtliche Begriffsbestimmung des „Familienunternehmens“ hat eine natürliche „*vis expansiva*“.

Der geschlossene Hof wäre eigentlich der Inbegriff des landwirtschaftlichen Familienunternehmens gemäß Art. 48 Gesetz 203/9182. Die beiden Rechtsinstitute, jenes des geschlossenen Hofes und jenes des landwirtschaftlichen Unternehmens, sind jedoch strukturell grundverschieden und miteinander unvereinbar. Der geschlossene Hof gründet auf dem Grundgedanken des Einzelunternehmens, das bäuerliche Familienunternehmen des Art. 48 entspricht dem Grundgedanken des kollektiven Unternehmens. Das bäuerliche Familienunternehmen spielt daher nur eine unbedeutende und untergeordnete Rolle, die sich auf einige prozessrechtliche Eigenarten im Agrarprozess beschränkt.

7.5. Sonderbestimmungen zur Mitarbeit in der Landwirtschaft und zur Hausarbeit auf dem geschlossenen Hof

Mit Bezug auf die Mitarbeit in landwirtschaftlichen Betrieben sind einige Sonderbestimmungen erlassen worden.

- a) Eine davon ist im Artikel 74 G.D. 276/03 (sog. „Biagigesetz“) enthalten¹²⁶, laut dem die freiwillige und aus familiärer Solidarität heraus erfolgende Mitarbeit in der Landwirtschaft von Verwandten innerhalb des 3. Grades noch kein Arbeitsverhältnis begründet, auch wenn die Mitarbeit mit einer gewissen Regelmäßigkeit erfolgt. Diese Bestimmung könnte zur Behauptung verleiten, dass in der Landwirtschaft auch eine ständige Mitarbeit des Familienmitgliedes noch nicht genügt, um in den Genuss des Schutzes des Art. 230-bis ZGB zu gelangen. Während in allen anderen Wirtschaftsbereichen die ständige Mitarbeit genügt, wäre sie im Bereich der Landwirtschaft noch zu wenig, um den Mindestschutz des Art. 230-bis ZGB in Anspruch nehmen zu können.

¹²⁶) Art. 74 lautet:

“(Prestazioni che esulano dal mercato del lavoro)

Con specifico riguardo alle attività agricole non integrano in ogni caso un rapporto di lavoro autonomo o subordinato le prestazioni svolte dai parenti e affini sino al terzo grado in modo meramente occasionale o ricorrente di breve periodo, a titolo gratuito, mutuo aiuto, obbligazione morale senza corresponsione di compensi, salvo le spese di mantenimento e di esecuzione dei lavori.”

b) Eine zweite Sonderbestimmung ist im Artikel 14, 1. Absatz, Buchstabe d) des Landeshöfegesetzes Nr. 17/2001 enthalten¹²⁷, laut welchem bei Bestimmung des Hofübernehmers der Ehegattin der Vorrang einzuräumen ist, wenn sie fünf Jahre auf dem Hof mitgearbeitet hat, wobei in der Bestimmung ausdrücklich festgehalten ist, dass auch die „...Hausarbeit am Hof als Mitarbeit auf dem Hof anzusehen ist“. Diese Bestimmung könnte wiederum zur Behauptung verleiten, dass in der Landwirtschaft auch schon die reine Hausarbeit genügt, um in den Genuss des Schutzes des Art. 230-bis ZGB zu gelangen. Während die reine Hausarbeit in allen anderen Wirtschaftsbereichen im Sinne des Urteils 89/95 der Vereinigten Abteilungen des Kassationsgerichtshofes noch als Erfüllung der ehelichen Pflicht gilt und noch kein Beteiligungsrecht am Familienunternehmen einräumt, würde im Familienunternehmen des „geschlossenen Hofes“ die umgekehrte Regel gelten und schon die reine Hausarbeit Anspruch auf Beteiligung am Gewinn und an den Zuwächsen einräumen.

Bei einer genaueren Betrachtung muss man jedoch zur Auffassung gelangen, dass diese Sonderbestimmungen nichts am zivilrechtlichen „Konzept“ der Mitarbeit im Familienunternehmen gemäß Artikel 230-bis ZGB ändern.

Von der Bestimmung des Art. 74 Biagogesetz könnte nicht etwa die Behauptung abgeleitet werden, dass in der Landwirtschaft das Familienunternehmen eine besondere, vom Art. 230-bis ZGB abweichende, Struktur aufzuweisen hätte oder dass in der Landwirtschaft andere Zugangsvoraussetzungen als die „ständige“ Mitarbeit herrschen würden, um in den Genuss des Schutzes des Art. 230-bis ZGB zu gelangen. Schon gar nicht könnte von dieser Bestimmung auf ein Wiederaufleben der Vermutung der Unentgeltlichkeit der Arbeit des Familienmitgliedes geschlossen und behauptet werden, dass in der Landwirtschaft die Mitarbeit des Familienangehörigen generell „unentgeltlich“ erbracht werde. Kurz, wenn ein Familienmitglied innerhalb des 3. Verwandtschaftsgrads ständig und fortdauernd in der Landwirtschaft mitarbeitet, hat es immer Anrecht auf die Schutzbestimmung des Artikel 230-bis ZGB, trotz des Artikels 74 Gesetz 276/03.

127) Artikel 14 des Höfegesetzes lautet: „Bei der gesetzlichen Erbfolge wird der Übernehmer/die Übernehmerin des geschlossenen Hofes unter den nach den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches berufenen Miterben/Miterbinnen bestimmt; mangels einer Einigung unter diesen geht das Gericht nach folgenden Grundsätzen vor:

(omissis)

d) die auf dem Hof aufwachsenden oder aufgewachsenen Nachkommen einschließlich der adoptierten und eintrittsberechtigten Nachkommen haben gegenüber dem überlebenden Ehegatten/Ehegattin den Vorrang; diese/r geht jedoch allen übrigen Verwandten vor, wenn seit der letzten Hofübernahme mindestens fünf Jahre verstrichen sind oder wenn er/sie seit mindestens fünf Jahren auf dem Hof mitgearbeitet hat, wobei auch die Hausarbeit am Hof als Mitarbeit auf dem Hof anzusehen ist.“

Auch aus der Bestimmung des Höfegesetzes könnte nicht ein allgemein gültiges, natürlich auf den geschlossenen Hof beschränktes Prinzip abgeleitet werden, laut welchem die reine Hausarbeit schon als Mitarbeit im Familienunternehmen angesehen werden müsste. Es gibt keinen Grund, um den von den Vereinigten Abteilungen des Kassationsgerichtshofes im Urteil Nr. 89/95 aufgestellten Grundsatz, laut welchem die reine Hausarbeit als Erfüllung der ehelichen Pflicht noch nicht das Recht auf Beteiligung am Familienunternehmen bedeute, für den geschlossenen Hof nicht gelten zu lassen. Es gibt nämlich keine Erklärung, die es rechtfertigen würde, dass im Bereich des geschlossenen Hofes ein anderer Grundsatz gelte, nämlich jener, dass die Hausarbeit schon die Teilhaberrechte des Art. 230-bis ZGB ermögliche¹²⁸.

Abgesehen davon, dass sie sich zum Teil gegenseitig widersprechen - laut Höfegesetz ist schon die Hausarbeit als Mitarbeit im Unternehmen zu betrachten, laut Biagigesetz genügt nicht einmal eine häufig wiederkehrende Mitarbeit im Unternehmen selbst um ein Arbeitsverhältnis zu begründen - ist diesen beiden Sonderbestimmungen nur ein sehr begrenzter Wirkungsbereich zuzuerkennen. Aus den beiden Bestimmungen kann kein allgemein gültiges Prinzip abgeleitet werden. Art. 74 Biagigesetz würde es nicht erlauben zu behaupten, dass in der Landwirtschaft auch bei ständiger Mitarbeit noch nicht die Beteiligungsrechte des Art. 230-bis ZGB anreifen, dass sozusagen Art. 74 die Anwendung der zivilrechtlichen Bestimmung des Art. 230-bis ZGB beschneiden würde. Familienmitgliedern war es bis jetzt immer noch erlaubt, bei der Ernte mitzuhelfen, ohne dass dies ein Arbeitsverhältnis begründet hätte¹²⁹.

128) Es gibt keinen substantiellen Grund, um für den geschlossenen Hof eine eigene Regel aufzustellen. Die Hausarbeit auf dem geschlossenen Hof unterscheidet sich nicht von der Hausarbeit auf einem nicht geschlossenen Hof. Man denke an zwei landwirtschaftliche Betriebe ähnlicher Größe, die unter Umständen sogar im selben Dorf liegen und dieselbe Ackerkultur betreiben, wobei der erste ein geschlossener Hof und der zweite kein geschlossener Hof ist. Beim ersten würde die reine Hausarbeit genügen, um am Unternehmensgewinn beteiligt zu sein, beim zweiten jedoch würde die Hausarbeit noch als Erfüllung der ehelichen Pflichten betrachtet werden und deshalb noch nicht genügen, um eine Gewinnbeteiligung zu rechtfertigen.

129) In diesem Zusammenhang sei nochmals auf das Urteil Nr. 314/06 des Landesgerichtes Bozen verwiesen, welches die Klage der Ehefrau und Bäuerin auf die im Art. 230-bis ZGB aufgelisteten Teilhaberrechte zum Gegenstand hatte. Während der Erntezeit versorgte die Ehefrau die Erntehelfer, indem sie für sie kochte und ihnen die Betten machte. Während des restlichen Jahres war ihre Mitarbeit auf dem Hof nur sporadisch. Hier ein Auszug aus der Urteilsbegründung:

„Dieser Richter ist der Auffassung, dass es der Ehefrau trotzdem zugemutet werden kann, dass sie während der stressigen Erntezeit unentgeltlich auf dem Obsthof mitarbeitet. Dies als Ausdruck der familiären Solidarität, so wie sie im Art. 74 des ‚Biagigesetzes‘ (G.D. Nr. 276/03) auch herausgestrichen wird. Diese Solidarität erlaubt es, dass in der Landwirtschaft sogar Nachbarn unentgeltlich gegenseitig ‚aushelfen‘ (Art. 2139 ZGB). Auf jeden Fall reicht die erbrachte Arbeitsleistung nicht aus, um daraus die im Sinne des Artikel 230-bis ZGB erforderliche kontinuierliche und ständige Mitarbeit auf dem Hof ableiten zu können. Bemessen auf das ganze Jahr ist der Zeitraum von 40-50 Tagen einfach zu kurz, um behaupten zu können, dass das zumutbare Ausmaß an familiärer Solidarität überschritten worden sei und daher eigens entlohnt werden müsste...“

Genauso verhält es sich mit der Hausarbeit auf dem geschlossenen Hof. Artikel 14 des Höfegesetzes ist als Ausnahmebestimmung restriktiv auszulegen und bezieht sich nur ganz spezifisch auf den Fall der Hofübernahme.

Der herausgearbeitete Grundsatz, laut welchem die reine Hausarbeit eine Erfüllung der ehelichen Pflicht darstellt und noch kein Gewinnbeteiligungsrecht am Unternehmen des Ehegatten gibt, gilt in allen Bereichen der Wirtschaft, unabhängig davon, ob es sich um handwerkliche, touristische, landwirtschaftliche Betriebe oder auch nur um geistige Berufe handelt.

Nur in besonderen Ausnahmefällen kann von diesem Grundsatz abgewichen werden und zwar dann, wenn eine präzise Aufgabenteilung zwischen den Ehepartnern bestanden hat, die es dem Ehemann ermöglichte, sich ausschließlich um seinen Betrieb zu kümmern, da ihm die Ehefrau seinen Teil der familiären Pflichten zur Gänze abgenommen hat und so indirekt zur Produktivitätssteigerung des Unternehmens beigetragen hat.

Die Sonderbestimmungen des Artikel 74 G.D. 276/03 und des Art. 14 Buchstabe d) des Höfegesetzes Nr. 17/2001 haben nur einen sehr begrenzten Wirkungsbereich und keinerlei Einfluss auf das Familienunternehmen des Art. 230-bis ZGB.

8

Der Prozess über das Familienunternehmen

8.1 Besonderheiten

8.2 Die einzelnen Phasen des Prozesses

8.3 Die Schlichtung

8.4 Der Dokumentenbeweis

8.5 Das Amtsgutachten

8.6 Verjährung

8.7 Das schriftlich gegründete Familienunternehmen im Unterschied zur stillschweigenden Mitarbeit

8.1. Besonderheiten

Die Mitarbeit im Familienbetrieb gilt in prozessrechtlicher Hinsicht als eine Unterart der freien Mitarbeit ex Artikel 409 Nr. 3 ZPO,¹³⁰ und der Prozess wird daher nach den Regeln des Arbeitsritus abgewickelt.

Der Prozess ist durch seine starke Emotionalität und große Konfliktbehaftung gekennzeichnet, da er die Geschichte eines Familienunternehmens aufarbeitet, das in der Regel durch das Zerbrechen der persönlichen Beziehung eine Zäsur erlitten hat. Und wenn ein Familienmitglied aus dem Unternehmen ausscheidet und die Ablöse seiner Teilhaberrechte verlangt, so hat dies in der Regel nicht unternehmerische Ursachen, sondern familiäre Gründe. Die klassischen Anlassfälle des Ausscheidens sind der Generationenkonflikt zwischen Vater und Sohn oder der Ehekonflikt zwischen Ehefrau und Ehemann. Bei Prozessbeginn sind die Konflikte oft noch nicht verarbeitet oder brechen erneut auf.

Es ist auch ein langwieriger und komplexer Prozess, da nicht selten eine mehrere Jahrzehnte dauernde Familien- und Unternehmensgeschichte, die untrennbar miteinander verbunden sind, nachgezeichnet werden müssen.

Langwierig und komplex deshalb, weil oft Zeugen einvernommen werden, die aus dem Gedächtnis heraus zu Sachumständen Stellung beziehen, die vor vielen Jahren stattgefunden haben, wobei der objektive Wahrheitsgehalt solcher Aussagen nicht nur durch das lange Zurückliegen der Begebenheiten niedrig ist, sondern auch noch durch die zumeist emotionale Bindung des Zeugen zu einer der Prozessparteien stark zu relativieren ist. Außerdem müssen in der Regel komplizierte Gutachten aufgenommen werden, welche die Aufgabe haben, die Teilhaberrechte bei festgestellter Mitarbeit zu „versilbern“ und in Geld auszudrücken.

Zuletzt zeichnet sich der Prozess auch durch einen hohen Grad an freiem, fast an Willkür grenzendem Ermessen aus, da die Quantifizierung der Menge und Art einer über viele Jahre andauernden Mitarbeit notgedrungen sehr subjektiv ist.

Ein Beispiel: Es gibt in der Regel keine objektiven Anhaltspunkte, aus denen der Beginn der Mitarbeit hervorgeht. Während zum Beispiel beim untergeordneten Arbeitsverhältnis durch die Eintragung ins Matrikelbuch oder durch die Meldung der Neueinstellung an die öffentlichen Ämter der Anfang des Arbeitsverhältnisses genau bestimmt werden kann, herrscht bereits in der Frage des

¹³⁰) Dies ist unbestritten: vgl. Kass. 5875/97, Kass. 13390/92, Kass. 5973/91, Kass. 158/90 und Kass. 2880/89.

Beginns der Mitarbeit im Familienunternehmen oft große zeitliche Unsicherheit. Vor allem, wenn diese stillschweigend angefangen hat. Der Beginn liegt oft schon Jahrzehnte zurück und zwischen den Prozessparteien weichen die Ansichten über den Zeitpunkt des Beginns oft um Jahre voneinander ab. Der Richter ist somit gezwungen, über Zeugen und Indizien den möglichen Beginn der Mitarbeit zu rekonstruieren, wobei die wichtigsten Zeugen oft gar nicht mehr leben.

Ein weiteres Beispiel: Auch die Feststellung der „Menge“ (Quantität) der Mitarbeit ist nicht leicht. Während im untergeordnetem Arbeitsverhältnis die Arbeitszeiten auf der einen Seite kollektivvertraglich geregelt sind und auf der anderen Seite im Präsenzregister und im Lohnzettel aufgezeichnet sind, gibt es bei der Rekonstruktion der Mitarbeit im Familienunternehmen in der Regel keinen objektiven Anhaltspunkt, sodass wiederum die verschiedenen Standpunkte der Prozessparteien weit auseinander klaffen können. War die vor vielleicht zwanzig Jahren erfolgte Mitarbeit nur eine teilzeitige oder eine vollzeitige? Am deutlichsten erkennt man den großen Ermessensspielraum, wenn die „Art“, also die Qualität der Mitarbeit des Familienmitgliedes bewertet und eingeschätzt werden muss. Begrenzte sich die vor Jahren erfolgte Mitarbeit auf exekutive Aufgabenbereiche, wie Bürogänge und Sekretariatsdienste oder umfasste sie auch verantwortungsvollere Bereiche?

Bei so viel Unsicherheit kann jede vernünftige Prozessstrategie nur darauf ausgerichtet sein, den Konflikt möglichst einzudämmen.

8.2. Die einzelnen Phasen des Prozesses

Stark schematisiert dargestellt, kann der Prozess gemäß Art. 230-bis ZGB, wie in der Regel jeder andere Prozess auch, in zwei Phasen unterteilt werden.

Die erste Phase betrifft das „*an debeatur*“, also die Feststellung des behaupteten Rechtstitels. Die zweite Phase betrifft das „*quantum debeatur*“, also die Quantifizierung des Anspruchs.

- a) Die erste Phase des „*an debeatur*“ kann wiederum in zwei logische Schritte unterteilt werden:
 - 1) Zunächst gilt es die Arbeit des Familienmitgliedes rechtlich einzuordnen und zu klassifizieren. Es gilt festzustellen, ob es überhaupt eine Mitarbeit im Sinne des Art. 230-bis ZGB war oder ob es nicht doch ein untergeordnetes Arbeitsverhältnis oder gar eine Form von Mitunternehmertum war. Bekanntlich hat die Mitarbeit im Familienunternehmen nur subsidiären

Charakter. Es muss also festgestellt werden, ob es sich überhaupt um ein Mitarbeiterverhältnis gehandelt hat, ob der behauptete Rechtstitel gegeben ist. Dieser erste Schritt des Prozesses kann natürlich auch fehlen, wenn für die Parteien von vornherein klar und daher unbestritten ist, dass eine Arbeitsverhältnis im Sinne des Artikel 230-bis ZGB vorgelegen hat.

2) Nachdem diese Frage geklärt ist, gilt es die „Menge und Art“, also die Quantität und Qualität der Mitarbeit des Familienmitgliedes festzulegen.

- b) Ist die erste Phase des Prozesses abgeschlossen, gilt es in der zweiten Phase mittels Gutachten das „*quantum debeatur*“ zu erörtern, also die wirtschaftlichen Teilhaberrechte zu quantifizieren und in Geld umzumünzen. In der ersten Prozessphase herrschen zwei Beweismittel vor, nämlich der Dokumentenbeweis (falls vorhanden, legen die Parteien die Gründungsurkunde des Familienunternehmens, den Arbeitsvertrag, den Gesellschaftsvertrag, die Einkommenserklärungen, die Bankauszüge und andere Dokumente vor) und der Zeugenbeweis. Zu diesen beiden Beweismitteln gesellt sich noch die freie Einvernahme der Parteien, die „*de facto*“ auch als Beweismittel – vielleicht sogar als wichtigstes Beweismittel - gewertet werden kann.¹³¹

Immer schematisiert dargestellt, kann der Prozess unter Umständen auch schon mit der ersten Phase enden. Dies tritt ein, wenn die Mitarbeit nicht bewiesen worden ist.

131) Die freie Einvernahme unterscheidet sich durch folgende Eigenschaft von der förmlichen Einvernahme: Durch die förmliche Einvernahme versucht man ein Geständnis des Einvernommenen zu erzwingen. Das Geständnis hat eine hohe Beweiskraft, es ist ein gesetzlicher Beweis, der den Richter bindet und nicht mehr seiner freien Würdigung unterliegt. Das Geständnis ist aber auch ein realitätsfremdes Beweismittel, es kommt kaum vor, dass eine Partei in einem Zivilprozess ein Geständnis ablegt. Die freie Einvernahme war ursprünglich in der ordentlichen Zivilprozessordnung nicht einmal als Beweismittel gedacht, sondern nur als ein Moment der Erläuterung der Rekursgründe durch die Partei selbst. Sie hat eine viel geringere Beweiskraft, der Einvernommene legt auch kein Geständnis ab. Er gibt nur Sachverhalte zu und das „Zugegebene“ unterliegt – im Unterschied zum förmlichen Geständnis - der freien Würdigung des Richters. Die freie Einvernahme ermöglicht es dem Richter aber, der Partei direkt Fragen zu stellen, die – im Gegensatz zur förmlichen Einvernahme - nicht vorformuliert sind. Es gibt einen spontanen Kontakt zwischen Richter und Partei. Sie ist wirklichkeitsbezogen und kommt der – wenn auch einseitigen - Wahrheit viel näher. Wenn sich der Richter für die freie Einvernahme genügend Zeit nimmt und die Technik der richtigen Fragestellung beherrscht, kann er sich oft die mühsame Aufnahme der anderen Beweise, besonders des Zeugenbeweises, ersparen. Die freie Einvernahme bringt alle jene bedeutenden Vorteile mit sich, die generell im unmittelbaren und mündlichen Prozess liegen. Obwohl der Arbeitsprozess auch darauf ausgerichtet ist, ist diese Form der Prozessführung in der Alltagspraxis leider verloren gegangen. Die Verteidiger vermeiden nämlich tunlichst den direkten Kontakt zwischen ihrem Klienten und dem Richter, denn dieser Kontakt führt gerne und oft zu Überraschungen, die den Prozess der Hoheit und Kontrolle des Verteidigers entziehen.

Wenn aber die Mitarbeit als bewiesen gilt, wird in der Regel mit einem die zweite Prozessphase einleitenden Beschluss die Aufnahme eines Amtsgutachtens veranlasst, welches die Quantifizierung und die geldmäßige Bewertung der Mitarbeit zum Inhalt hat.

Die wichtigste Aufgabe des Richters ist es dabei, die Menge und Art dieser Mitarbeit zu quantifizieren, genauer gesagt, diese – um einen entlehnten und deshalb sprachlich nicht einwandfreien, aber wirksamen Ausdruck zu gebrauchen - zu „prozentualisieren“, d.h. in Prozenten auszudrücken.

In diesem Zusammenhang sei nochmals auf die Evolution in der Rechtsprechung hingewiesen. Während auf der einen Seite behauptet wurde¹³², dass die vorher aus steuerrechtlichen Gründen schriftlich festgelegte Gewinnbeteiligungsquote überhaupt keinen Einfluss auf den Zivilprozess ausübt, wurde auf der anderen Seite die Ansicht vertreten¹³³, dass diese den Wert eines vom Richter frei zu würdigenden Indizes besitzt. Heute ist die Rechtsprechung eher der Auffassung¹³⁴, dass sich der Richter an die aus steuerrechtlichen Gründen schriftlich ausgewiesene Gewinnbeteiligungsquote zu halten hat, wenn nichts Gegenteiliges bewiesen ist. Die vorher schriftlich festgelegte Quote reicht aus, um der auf dem klagenden Familienmitglied lastenden Beweispflicht hinsichtlich Menge und Art des Arbeitsbeitrages Genüge zu tun.

Es erfolgt daher eine Beweisumkehr zu Lasten des Unternehmers, der beweisen muss, dass die vorher schriftlich festgelegte Quote nicht der Realität entspricht.

Bei „faktischen Gesellschaften“, wenn das Familienmitglied also Mitunternehmer ist, kann die gesetzliche Vermutung des Art. 5, Absatz 2 TUIR der Gewinnbeteiligung zu gleichen Teilen angewendet werden.

Die Auswertung der Zeugenaussagen und deren Umwandlung in mathematische Größen ist die ureigenste Aufgabe des Richters, die er selbst wahrnehmen muss und nicht an den Gutachter delegieren kann.

Das Ausdrücken des Arbeitsbeitrages des Familienmitgliedes in Prozenten ist zwar eine sehr subjektive Angelegenheit, da bei der Bewertung ein großer Ermessensspielraum gegeben ist, es ist aber unumgänglich und notwendig, da ansonsten der Gutachter seine Arbeit nicht verrichten kann.

Wie bereits ausgeführt, wird der ohnehin schon große Ermessensspielraum, den der Richter bei der Quantifizierung der Mitarbeit des Familienmitgliedes

132) Vgl. Kass. 8959/92.

133) Vgl. Kass. 13.390/92 und Kass. 2642/90.

134) Vgl. Kass. 9897/03 und Kass. 9683/03.

hat, dadurch noch erhöht, dass er diese mathematische Bewertung in der Regel aufgrund von qualitativ nicht hoch stehenden Zeugenaussagen vornehmen muss.¹³⁵

8.3. Die Schlichtung

Diese „Schwachstelle“ des Prozesses ex Artikel 230-bis ZGB kann umgangen werden, indem in der einleitenden Schlichtungsphase unter Mithilfe der Rechtsanwälte und des Richters die Streitparteien selbst die Quantität und Qualität der Mitarbeit festlegen und quantifizieren.

Man könnte diese Schlichtung auch mit dem moderneren Ausdruck „Mediation“ umschreiben. Ausgehend von der Gleichwertigkeit der Arbeit der Frau mit jener des Mannes, kann bei Ehepartnern, die beide im landwirtschaftlichen oder im touristischen Betrieb gearbeitet haben, von einer 50% Beteiligung als Regelfall ausgegangen werden. Wohlgedacht, dies ist nur in der Schlichtungsphase möglich. Sollte nämlich der Prozess durchlaufen werden, so kommen die normalen Beweisregeln zur Anwendung, laut welchen das klagende Familienmitglied voll beweispflichtig ist, wenn es sich nicht – wie oben dargelegt - auf eine Umkehr der Beweispflicht aufgrund eines formalen Gründungsvertrages berufen kann. Im Prozess ist der Richter natürlich frei, die Qualität der einzelnen Arbeitsleistungen verschieden zu gewichten.¹³⁶

Die Vorteile einer solchen Schlichtung liegen auf der Hand und brauchen nicht eigens aufgezählt werden. Sollten die Parteien tatsächlich so vernünftig sein und den geleisteten Arbeitsbeitrag selbst prozentualisieren, kann direkt zur Aufnahme des Amtsgutachtens geschritten werden.

Dem Schlichtungsversuch im Prozess durch den Richter im Sinne des Art. 420 ZPO geht aber der obligatorische Schlichtungsversuch im Sinne des Art. 410

135) Auch wenn in der normalen Rechtslektüre kaum darüber gesprochen wird, gibt es bei den Zeugenaussagen von vornherein qualitative Unterschiede. Es ist nämlich ein großer Unterschied, ob der Zeuge zu einem präzisen und zeitlich genau eingegrenzten Sachverhalt, der sich erst kürzlich zugetragen hat und zu dem er keine emotionale Bindung hat, aussagen muss oder ob der Zeuge zu Sachverhalten aussagen muss, die oft lange zurückliegen, eher beschreibenden Charakter haben und Personen betreffen, zu denen er emotionale Bindungen hat. Diese Aussagen muss der Richter dann auf die Glaubwürdigkeit hin bewerten, denn der Zeuge kommt sehr oft aus dem Familienmilieu. Er kann zwar zeugnisfähig sein, wenn er kein eigenes, direktes Interesse am Prozess hat, muss aber auf jeden Fall auf seine Glaubwürdigkeit hin durchleuchtet werden.

136) Es sei nochmals auf Kass. 1917/99 hingewiesen. Der Richter kann die Arbeit des Unternehmers und die Arbeit des mitarbeitenden Familienmitgliedes qualitativ verschieden bewerten und der ersten aufgrund der höheren Verantwortung, die auf dem Unternehmer lastet, einen höheren Wert zuerkennen. Der Unternehmer kann theoretisch zeitlich wenig im Betrieb anwesend sein, aber trotzdem kann seine Arbeitsleistung als prozentuell viel höher eingestuft werden.

ZPO vor der Schlichtungskommission beim Arbeitsamt voraus. Oft wird vor der Schlichtungskommission etwas anderes verlangt, als dann im Prozess eingeklagt wird. In diesem Fall sind die „*petita*“ vor der Schlichtungskommission und vor dem Richter verschieden, d.h. die Schlussanträge stimmen nicht überein. Beispiel: Vor der Schlichtungskommission wurde ein untergeordnetes Arbeitsverhältnis geltend gemacht, während im Rekurs vor dem Arbeitsrichter eine Mitarbeit im Familienunternehmen eingeklagt wird. Ebenso kommt es vor, dass der Beklagte im Prozess eine Widerklage erhebt, die er vor der Schlichtungskommission noch nicht erhoben hat.

Im Prozess redet dann der Beklagte oft ein, dass zu dem im Rekurs verlangten Antrag nicht die Schlichtung stattgefunden hat, weil vor der Schlichtungskommission eine andere Forderung gestellt wurde und – umgekehrt - dass der Kläger die Unzulässigkeit der Widerklage einredet, weil sie vor der Schlichtungskommission nicht vorgebracht worden ist.

Die Frage, die sich dann meistens stellt, ist folgende: Muss der Prozess ausgesetzt werden und nochmals im Sinne des Art. 412 bis ZPO an die Schlichtungskommission zurück verwiesen werden, wenn die „*petita*“ nicht übereinstimmen?

Die Antwort lautet „nein“. Vor der Schlichtungskommission ist nämlich der Streit als solcher, also die Rechtsbeziehung insgesamt zu schlichten, unabhängig von der einzelnen Forderung und vom einzelnen Antrag („*petitum*“). Die Schlichtung gleicht somit stark einer „Mediation“, die auch die Eingrenzung des Konflikts als solchem zum Inhalt hat und nicht so sehr die einzelne Rechtsfrage.

8.4. Der Dokumentenbeweis

Zum Dokumentenbeweis im Arbeitsprozess sei festgehalten, dass in den letzten Jahren die Vereinigten Abteilungen des Kassationsgerichtshofes in mehreren Urteilen¹³⁷ dem Arbeitsprozess wieder seine ursprüngliche Rigorosität zurückgegeben haben und die Wichtigkeit der Ausschlussfristen mehrmals betont haben. So sind die Dokumente zusammen mit den Erstschriftsätzen - Rekurs und Verteidigungseingabe - zu hinterlegen,¹³⁸ und ebenso sind schon in den Erstschriftsätzen alle faktisch relevanten Umstände zu benennen und alle Be-

137) Vgl. Ver.Abt. Kass. Nr. 761/02, Ver.Abt.Kass. 11.353/04 und Ver.Abt.Kass. 8.202/05.

138) Bis vor wenigen Jahren war in der Rechtsprechung die Meinung vorherrschend, dass auch im Arbeitsprozess Dokumente jederzeit gelegt werden dürfen. Diese Rechtsmeinung war irrig, da es keinen Sinn macht, einen Prozess zu führen, wenn diesem wichtige Dokumente vorenthalten werden, die erst im Laufe des Prozesses oder gar erst in zweiter Instanz hinterlegt werden.

weisanträge zu stellen.¹³⁹ Wenn die Partei dies nicht tut, tappt sie in die Verfallsfristen der Artikel 414, 416 und 420 ZPO und verfällt vom Beweisrecht. Diese zwar banale Bemerkung ist allerdings bedeutsam, denn die Parteien legen oft erst bei Aufnahme des Amtsgutachtens wichtige Dokumente (Darlehensverträge, Bankdokumente usw.), von denen in den einleitenden Schriftsätzen noch nicht die Rede war. Ohne Möglichkeit für die Gegenpartei dagegen Stellung zu beziehen, wird auch versucht, diese Dokumente am Prozess sprichwörtlich „vorbeizuschmuggeln“ und in das Gutachten einzufließen zu lassen, ohne dass sie vorher von der Gegenpartei eingesehen worden sind. Die Verletzung des Verteidigungsrechts ist augenscheinlich. Dem Versäumnis der rechtzeitigen Legung der Beweisdokumente kann auch der Richter nicht durch seine im Arbeitsprozess weitreichenden Amtsbefugnisse ex Art. 421 ZPO begegnen und abhelfen.¹⁴⁰ Die Amtsbefugnisse sind nämlich nicht da, um die Versäumnisse oder die Nachlässigkeiten der Parteien auszumerzen. Es ist somit nicht möglich, dass der Richter unter Anwendung seiner Amtsbefugnisse gewisse Dokumente einholen läßt oder gewisse Beweise aufnimmt, wenn die Partei vergessen hat, diese Dokumente zu legen oder die entsprechenden Be-weisanträge zu stellen.

8.5. Das Amtsgutachten

Nachdem die Quantität und Qualität der Mitarbeit prozentuell festgelegt ist, wird zur Aufnahme des Amtsgutachtens geschritten, das im Sinne des vierten Absatzes des Art. 230-bis ZBG die Aufgabe hat, den zu zahlenden Geldbetrag für die Ablösung der wirtschaftlichen Beteiligungsrechte festzulegen.

Was das Gutachten selbst betrifft, so ist nochmals auf die Gefahr aufmerksam zu machen, dass die Prozessparteien dazu neigen, die Einholung von Unterlagen, Dokumenten und Informationen auf den Amtsgutachter zu delegieren, der

139) Vgl. Ver.Abt.Kass. 11.353/04: *“...all’obbligo del convenuto di ‘vuotare il sacco’ fin dal principio (si contrappone) quello analogo dell’attore di dire senza riserva alcuna, fin dall’atto introduttivo tutto ciò che attiene alla sua difesa e di fornire il materiale su cui si basa la pretesa...”*

140) Vgl. Kass. 1304/97, 310/98, 8220/03 und 4180/03: Der Richter kann im Sinne des Art. 421 ZPO nur von Amts wegen Beweise zulassen, wenn vorher die Parteien ihrem „onus allegandi“ und „onus probandi“ nachgekommen sind. Erst wenn trotz erfolgter Beweisaufnahme Unsicherheiten in der Bewertung der Beweise verbleiben, so kann der Richter von Amts wegen weitere Beweise aufnehmen. In diesem Fall muss der Richter sogar seine Amtsbefugnisse walten lassen und weitere Beweise aufnehmen. Die Amtsbefugnisse des Richters sind aber nicht dazu da, die Versäumnisse der Parteien zu decken, die es unterlassen haben, rechtzeitig die Beweisanträge zu stellen oder wichtige Dokumente zu legen. Die Parteien können nicht einfach an den Richter delegieren, was ihnen obliegt.

dann gezwungen ist, ein Gutachten mit reinem Erkundungscharakter (sog. „*ctu esplorativa*“) zu erstellen. Dies bringt ihn nicht nur in Schwierigkeiten, weil er Entscheidungen in der Sache selbst zu treffen hat, die ihm nicht zustehen, sondern ist bekanntlich auch nicht zulässig ist, da dadurch dem Gutachter prozessrechtliche Aufgaben übertragen werden, welche eigentlich den Prozessparteien obliegen: So müssen z.B. Dokumente rechtzeitig gelegt und nicht vom Gutachter eingeholt werden, und ebenso müssen gewisse Umstände zuerst bewiesen werden, damit sie im Gutachten berücksichtigt werden dürfen¹⁴¹. Der Gutachter kann nur dann mit der direkten Einholung von Unterlagen und Dokumenten beauftragt werden, wenn die Parteien nicht imstande waren, diese selbst zu besorgen oder dies ihnen nur unter großen Schwierigkeiten möglich gewesen wäre. Als klassische Beispiele können das Entgegenhalten des Amtsgeheimnisses vonseiten der öffentlichen Ämter oder die Verneinung von Auskünften aufgrund des Datenschutzes genannt werden.

Durch das Gutachten sind in erster Linie die im Laufe der Jahre erwirtschafteten Gewinne zu bestimmen.

Vorausgeschickt, dass die Schätzung der Gewinne nach Billigkeit zu erfolgen hat¹⁴², gibt es zumindest in den Bereichen Landwirtschaft und Tourismus ziemlich zuverlässige Erfahrungswerte, die eine deduktive Bestimmungsmethode aufgrund objektiver Anhaltspunkte zulassen. Es muss also nicht nach der analytischen Methode (Einkommenserklärung)¹⁴³ vorgegangen werden.

Bei einem Landwirtschaftsbetrieb sind die Art der Landwirtschaft (Obst-, Weinbau oder Viehwirtschaft), die Größe und die Lage des Hofes objektive Anhaltspunkte. Bei einem Betrieb, der die Ware oder die Milch in die Genossenschaft liefert, können die Rechnungen gelegt werden, oder es kann die Aushändigung der Rechnungen verlangt werden, oder es kann beantragt werden, dass der Richter den Gutachter ermächtigt, direkt Auskünfte bei der Genossenschaft einzuholen. Bei einem Hotelbetrieb sind die touristische Erschlossenheit des Tales oder des Ortes, in welchem das Hotel liegt, die Bettenanzahl und die aus den sog. „Sternen“ ableitbare Einstufung wichtige Anhaltspunkte. Prospekte

141) In diesem Sinne Kass. 212/06, Kass. 7097/05 und Kass. 9060/03.

142) Wie bereits erläutert, ist es vom Kassationsgerichtshof (vgl. Kass. 11.332/99 und Kass. 13.390/92) für unzulässig befunden worden, wenn bei der Berechnung der Gewinne auf den kollektivvertraglichen Mindestlohn Bezug genommen wird. Das mitarbeitende Familienmitglied ist am Unternehmensrisiko in dem Sinne beteiligt, dass es zwar nicht an den Verlusten aber an den Gewinnen teilnimmt, während der abhängige Arbeiter am Unternehmensrisiko überhaupt nicht beteiligt ist. Der Lohn ist somit kein zulässiger Maßstab für die Schätzung des Gewinnes.

143) Es sei nochmals darauf verwiesen, dass die Einkommenserklärung über das Steuerwesen hinaus nicht verbindlich ist. In diesem Sinne Kass. 18.241/06, Kass. 9876/06 und Kass. 11953/95.

können gelegt werden und Informationen in den Tourismusämtern eingeholt werden.

Nachdem die jährlichen Gewinne und die Zuwächse bestimmt worden sind, ist von diesen der Unterhalt abzuziehen, den das Familienmitglied schon genossen hat. Der genossene und abzuziehende Unterhalt könnte die Gewinne auch völlig aufsaugen.

8.6. Verjährung

Die wirtschaftlichen Teilhaberrechte sind innerhalb von fünf Jahren einzuklagen. Ansonsten gelten sie als verjährt.

Die im Artikel 2948 Nr. 5 ZGB festgeschriebene fünfjährige Verjährungsfrist ist auf alle Arbeitsverhältnisse auszudehnen, unabhängig davon, ob es sich um untergeordnete oder autonome Arbeit, inklusive der freien Mitarbeit und der Mitarbeit im Familienunternehmen handelt.¹⁴⁴ Die besagte gesetzliche Bestimmung spricht ganz allgemein von Entschädigungen, die bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses geschuldet sind. Zu diesen „Entschädigungen“ - Abfertigung usw. - kann auch das Recht auf Gewinnausschüttung nach dem Ausscheiden aus dem Betrieb gezählt werden.

Die Verjährungsfrist läuft mit dem Ausscheiden aus dem Unternehmen an. Dies ist der Augenblick, in welchem das Recht auf Ausschüttung der Gewinne und generell der wirtschaftlichen Beteiligungsrechte geltend gemacht werden kann, und bevor das Recht nicht angereift ist, läuft im Sinne des Art. 2935 ZGB auch keine Verjährungsfrist an.

Dass erst mit dem Ausscheiden aus dem Betrieb die Verjährungsfrist zu laufen beginnt, ist im Arbeitsrecht nicht ungewöhnlich. Man denke daran, dass auch bei untergeordneten Arbeitsverhältnissen, die aufgrund der geringen Beschäftigtenzahl nur dem sog. „obligatorischen Schutz“ („*tutela obbligatoria*“) unterworfen sind, die Verjährungsfrist erst mit dem Verlassen des Betriebes zu laufen beginnt.

Innerhalb der Verjährungsfrist kann das Familienmitglied somit auch die Gewinne einklagen, die unter Umständen schon vor Jahrzehnten erwirtschaftet worden sind. Der Zeitpunkt der Erwirtschaftung der Gewinne ist nicht mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung identisch. Die Forderung wird mit dem Verlassen des Unternehmens fällig, und ab diesem Zeitpunkt beginnt die Fünf-

¹⁴⁴) Argumentiert ex Kass. 10.923/94.

jahresfrist der Verjährung zu laufen. Dies gilt, wenn nicht festgelegt worden ist, wann die erwirtschafteten Gewinne auszuschütten sind.

Wurde dagegen im Gründungsakt des Familienunternehmens oder sonst irgendwie festgelegt, dass die Gewinne jährlich auszuschütten sind, beginnt die Verjährungsfrist ab jenem Augenblick zu laufen, an dem die Gewinne hätten ausgeschüttet werden müssen. Denn ab diesem Zeitpunkt ist die Forderung fällig.

Hier sei auch auf die Bestimmung des Artikels 2941 Nr. 1 ZGB hingewiesen, laut welcher zwischen Eheleuten jeglicher Lauf von Verjährungen gehemmt ist. Allerdings muss in diesem Zusammenhang angemerkt werden, dass diese Bestimmung gar nicht zur Anwendung kommt. Der Anspruch auf die Auszahlung der Gewinne wird nämlich erst mit dem Ausscheiden aus dem Unternehmen fällig, und erst ab diesem Zeitpunkt läuft die Verjährungsfrist an. Während des bestehenden Arbeitsverhältnisses läuft daher noch gar keine Verjährungsfrist.

Von einer Hemmung kann erst dann die Rede sein¹⁴⁵, wenn der Ehegatte aus dem Familienunternehmen ausgeschieden ist, die Ehe aber trotzdem aufrecht bleibt. In diesem Fall läuft die Verjährungsfrist zwar an, weil die Ehefrau das Unternehmen verlassen hat, die Verjährung ist aber gleichzeitig gehemmt, weil die eheliche Beziehung noch aufrecht ist. Die Hemmung endet erst mit der Auflösung der Ehe und nicht mit der Trennung.¹⁴⁶

8.7. Das schriftlich gegründete Familienunternehmen im Unterschied zur stillschweigenden Mitarbeit

Nachstehend werden in einer Tabelle nochmals die wesentlichen Unterschiede verdeutlicht, die zwischen einem Familienunternehmen bestehen, welches der gesetzlichen Regelung unterliegt, weil die Mitarbeit nur stillschweigend erfolgt¹⁴⁷ und einem Familienunternehmen, das schriftlich gegründet worden ist.

145) Ein weiteres Beispiel, in welchem die Lauf der Verjährungsfrist gehemmt ist: wenn im Gründungsakt des Familienunternehmens festgelegt worden ist, dass der Gewinn jährlich auszuschütten ist, läuft die Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt an, ab welchem er ausgeschüttet werden müsste. Gleichzeitig greift aber die Bestimmung der Hemmung des Laufs der Verjährung, wenn die Ehe noch aufrecht ist.

146) In diesem Sinne Kass. 4502/85.

147) Es sei hier nochmals auf die beiden Theorien hinsichtlich des Beginns der Mitarbeit im Familienunternehmen verwiesen. Die erste geht davon aus, dass es nur der objektiven und faktischen Mitarbeit bedarf, um in den Genuss des Schutzes des Artikels 230-bis ZGB zu gelangen. Die zweite Theorie behauptet, dass es immer eines - wenn auch nur mündlichen - Vertrages bedarf, um Artikel 230-bis ZGB beanspruchen zu können. In der Rechtsprechung ist die zweite Auffassung vorherrschend.

Die schriftliche Gründung erfolgt meistens, um die steuerrechtlichen Vorteile beanspruchen zu können:

| Stillschweigende Mitarbeit: | Schriftliche Gründung¹⁴⁸⁾: |
|--|--|
| <p>a) im Prozess muss das ausscheidende Familienmitglied beweisen, dass es mitgearbeitet hat und wie viel es mitgearbeitet hat;</p> <p>b) das Recht auf die Ausschüttung der Gewinne reift erst mit dem Verlassen des Unternehmens (Fälligkeit der Forderung auf Ablöse in Geld);</p> <p>c) ab dem Zeitpunkt des Verlassens sind die Gewinne aufzuwerten und aufzuzinsen;</p> <p>d) die Verjährungsfrist beginnt ab dem Zeitpunkt des Verlassens des Unternehmens zu laufen;</p> <p>e) die Mitarbeit im Unternehmen muss „ständig“ erfolgen.</p> | <p>a) im Prozess muss das als Unternehmer aufscheinende Familienoberhaupt beweisen (Beweislastumkehr), dass die Mitarbeit nicht zu den schriftlich festgelegten Bedingungen erfolgt ist;</p> <p>b) soweit im Gründungsakt festgelegt, erfolgt die Auszahlung der Gewinne am Ende des einzelnen Geschäftsjahres;</p> <p>c) die Aufwertung und Aufzinsung erfolgt jährlich ab Ende des einzelnen Geschäftsjahres;</p> <p>d) die Verjährungsfristen laufen am Ende des einzelnen Geschäftsjahres an;</p> <p>e) um den steuerrechtlichen Vorteil der Aufteilung des Gewinns in Anspruch nehmen zu können, muss die Mitarbeit ‚ständig und vorwiegend‘ im Unternehmen erfolgt sein.</p> |

¹⁴⁸⁾ Im Sinne des Art. 5, Absatz 4 TUIR bedarf es einer öffentlichen Urkunde oder einer beglaubigten Privaturkunde, die vor dem Steuerjahr erstellt wurden.

9

Zusammenfassung

Als im Jahr 1975 der Artikel 230-bis ZGB verabschiedet worden ist, war der Gesetzgeber voll des „Optimismus“. Man glaubte damals tatsächlich, dass einige demokratische Prinzipien, wie jene der Parität in der Entscheidungsfindung, auch auf die Welt der Wirtschaft und des Unternehmens übertragbar waren. Deshalb hielt man im Artikel 230-bis ZGB fest, dass die wichtigsten Entscheidungen mehrheitlich getroffen werden müssen, wobei die Stimme des als Unternehmer tätigen Familienoberhauptes nicht mehr zählen sollte als die Stimme des mitarbeitenden Familienmitgliedes, unabhängig davon, wie viel dieses Mitglied mitarbeitete und ob es überhaupt in der Lage war, für das Unternehmen strategische Entscheidungen zu treffen.

Kaum war der Artikel über das Familienunternehmen verabschiedet, prallten sofort die beiden ideologisch entgegen gesetzten Meinungen aufeinander. Auf der einen Seite die Verfechter des Neuen, die progressiven Idealisten, die - genau wie der damalige durch das Parlament verkörperte Zeitgeist - tatsächlich glaubten, dass ein Unternehmen paritätisch und gleichberechtigt geführt werden könnte.

Es waren die Verfechter der kollektiven Theorie, laut der das Familienunternehmen nicht mehr nur vom Familienoberhaupt geführt würde, sondern von allen Familienmitgliedern zusammen, die alle zum Unternehmer aufstiegen. Ausdruck dieser Ideologie ist heute noch das bäuerliche Familienunternehmen des Artikel 48 Gesetz 203/82.

Auf der anderen Seite die Traditionalisten, die Verfechter der Ansicht, dass Art. 230-bis ZGB zwar Änderungen gebracht hatte, die aber nicht bis zum Extrem der demokratisch-paritätischen Führung des Unternehmens reichten. Auch nach Inkrafttreten des Artikels 230-bis ZGB blieb das Familienunternehmen immer noch ein Einzelunternehmen, in welchem nur eine Person, nämlich der Unternehmer, die Entscheidungen zu treffen hatte.

Letztere Theorie setzte sich im Laufe der Jahrzehnte in der praktisch orientierten Rechtsprechung durch. Die „Fortschrittsgläubigen“ bedachten nicht, dass die Ausweitung des Begriffes „Unternehmer“ auf alle Familienmitglieder auch negative und sehr unangenehme Seiten hatte. So bedeutete dies zum Beispiel die Ausdehnung des unternehmerischen Risikos auch auf alle Familienmitglieder.

Auch über die Ehefrau und die Kinder müsste dann der Konkurs erklärt werden, sodass auch sie den „zivilen Entmündigungstod sterben“ müssten. Das ging nun doch zu weit. Dies abgesehen davon, dass eine demokratische Unternehmensführung bei Meinungsverschiedenheit meist mit Erstarrung und Immobilität einhergeht, was den Niedergang des Unternehmens selbst zur Folge hat. Die Mitspracherechte des Artikels 230-bis ZGB sind daher so ausgelegt worden, dass praktisch nur mehr leere Hülsen übrig geblieben sind.

Abschließend kann behauptet werden, dass die große demokratische Revolution im Familienunternehmen nicht stattgefunden hat. Die Familienmitglieder genießen zwar die wirtschaftlichen Teilhaberrechte, die Mitspracherechte sind aber nicht direkt einklagbar.

Wenn das Familienoberhaupt eine Entscheidung unter Missachtung des Mitbestimmungsrechtes trifft, so kann das übergangene Familienmitglied zwar den Schaden einklagen, die Entscheidung bleibt aber aufrecht, wobei hinzuzufügen ist, dass das Familienmitglied nachweisen muss, dass dem Unternehmen und nicht ihm ein Schaden entstanden ist.

TEIL II

1

Bewertungen im Zusammenhang mit dem Familienunternehmen, gemäß Art. 230-bis ZGB

1.1 Einführung

1.1. Einführung

Die Auflösung eines Familienunternehmens oder das Ausscheiden eines Mitgliedes aus dem Familienunternehmen erfordert häufig eine Bewertung von Vermögens- und Ertragssituationen, die sich während des Bestehens des Familienunternehmens ergeben haben.

Diese Bewertungen können von den beteiligten Familienmitgliedern beauftragt werden oder aber im Zusammenhang mit einem Verfahren vor Gericht angefordert werden.

Die Bewertungen sind im Sinne des Artikels 230-bis ZGB durchzuführen. Dabei sind die Gewinne des Familienunternehmens, die damit erworbenen Sachen, sowie die Betriebszuwächse, auch in Bezug auf den Geschäftswert, zu bestimmen.

Die Bewertung dieser Größen macht die Definition und betriebswirtschaftliche Einordnung derselben notwendig.

Im Folgenden werden zwei Beispiele von Bewertungen aufgezeigt, wobei das eine die Auflösung eines familiär geführten Unternehmens im Bereich Landwirtschaft betrifft, das andere hingegen das Ausscheiden eines Familienmitgliedes aus einem Hotelbetrieb.

In jedem Fall ist die Bewertung in Retrospektive vorzunehmen.

2

Begriffsbestimmungen

2.1 Gewinn

**2.2 Betriebszuwächse/Betriebsminderungen
und erworbene/veräußerte Sachen**

2.3 Geschäftswert

2.4 Unterhaltskosten

2.1. Gewinn

Der Gewinn laut Art. 230-bis des ZGB entspricht in der Schätzungslehre dem Reinertrag des Familienunternehmens. Der Reinertrag (RE) des Familienunternehmens ist das Entgelt für die vom Unternehmer selbst eingebrachten Produktionsfaktoren. In der Regel entsprechen diese Produktionsfaktoren der manuellen und geistigen Arbeit sowie der Verzinsung des Grund- und Betriebskapitals¹⁴⁹.

$$\text{RE} = \text{L}_F + \text{G} + \text{ZGK} + \text{ZBK} \pm \text{E}_U, \text{ wobei:}$$

L_F = Löhne für manuelle Arbeit der Mitglieder des Familienunternehmens

G = Gehälter für Verwaltungsarbeit der Mitglieder des Familienunternehmens

ZGK = Verzinsung der Grundkapitalien des Familienunternehmens: Grundstücke, Wirtschafts-, Wohn- und Hotelgebäude und damit verbundene Anlagen.

ZBK = Verzinsung der Betriebskapitalien des Familienunternehmens: Maschinen, Geräte, Tierbestand, Mobilien, Ausstattung, Vorschusskapital u. dgl.

E_U = Entgelt für den Unternehmer für die Betriebsorganisation und das Unternehmerrisiko

Zur praktischen Ermittlung des Reinertrages gilt es folgende Gleichung zu lösen:

$$\text{Reinertrag} = \sum \text{Roherträge} - \sum \text{Kosten}$$

Rohertrag:

Es handelt sich hierbei um die jährlich tatsächlich erzielten Erträge aus Produkten oder Dienstleistungen des Familienunternehmens¹⁵⁰. Diese beinhalten

149) In speziellen Fällen werden nicht alle Produktionsfaktoren durch das Familienunternehmen selbst und im ganzen Ausmaß eingebracht. In all diesen Fällen ist das entsprechende Entgelt nicht als Reinertrag anzusehen, sondern als Kostenfaktor zu berücksichtigen. Im Falle einer Betriebspacht z.B. ist das Entgelt für das Grundkapital (ZGK) nicht als Reinertrag anzusehen, sondern der dafür entrichtete Pachtzuschlag stellt einen Produktionskostenfaktor dar. Für fremdfinanzierte Kapitalien des Unternehmens (Grund- oder Betriebskapitalien) stellen die Passivzinsen Kosten des Unternehmens dar. Dasselbe gilt für Entlohnungen und Gehälter für Nichtmitglieder des Familienunternehmens.

150) Bei der Bestimmung der jährlich erzielten tatsächlichen Reinerträge sind bisherige über die Dauer des Familienunternehmens erzielte Erträge zu berücksichtigen. Bei über lange Zeit bestehenden Familienunternehmen ist es oft schwierig für weit zurückliegende Ereignisse entsprechende Daten vorzufinden. Um infolge fehlender, unvollständiger oder nicht ausreichend überprüfbarer Daten falsche Schlussfolgerungen zu vermeiden, empfiehlt es sich in solchen Fällen, eine deduktive Bewertung vorzunehmen. Dabei bedient man sich der Daten, die eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Betriebes, unter Berücksichtigung der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung, liefern würde, wobei Abweichungen von dieser Ordnungsmäßigkeit entsprechend zu berücksichtigen sind. Daten aus Buchführungen und/oder Steuerklärungen eignen sich nur bedingt für die Bewertung der Reinerträge eines Familienunternehmens. Diese Daten sind nämlich allein auf Grund steuerlicher Pflichten und unter Berücksichtigung steuerlicher Ansatz- und Bewertungsvorschriften erfasst worden und können daher leicht von den tatsächlichen Daten abweichen (dies gilt z. B. bei Abschreibungen). Darüber hinaus gibt es im Hintergrund möglicherweise auch Schwarzgeschäfte.

neben den herkömmlichen betrieblichen Einnahmen unter anderem auch Prämien und sonstige öffentliche Zuwendungen¹⁵¹ (unabhängig ob einmalig oder wiederholt ausbezahlt), Einnahmen durch Vermietung und Verpachtung von Gütern des Familienunternehmens usw.

Kosten: Für die Kostenermittlung kann folgende Gleichung zur Anwendung kommen:

$$K = VS + St + Q + L_{N-F}$$

- a) VS: Verschiedene Spesen. Auslagen für den Erwerb von einmalig einsetzbaren außerbetrieblichen Produktionsfaktoren und Dienstleistungen, z.B. bei landwirtschaftlichen Betrieben: Düngemittel, Pflanzenschutzmittel, Futtermittel, Arzneimittel, Treibstoff, Telefon, Energiekosten und bei gastgewerblichen Betrieben: Wareneinsatz, Werbekosten, kleine Anschaffungen, Verwaltungsspesen u.dgl.
- b) St: Steuern, Gebühren und Beiträge (Irpaf, Irap, ICI, Konsortialbeiträge, Beiträge für Ständeorganisationen, Tourismusabgabe u. dgl.)
- c) Q: Quoten: Jährliche Rücklagen für
 - 1) Abschreibungen (Wiederbeschaffungskosten) = auf ein jedes Jahr der Nutzung anfallender Anteil der verbrauchsbedingten Wertminderung von Gebäuden, Einrichtungen und Maschinen.
 - 2) Instandhaltungen = Kosten, die in Folge von Abnutzung, Alterung und Witterung zur Erhaltung der baulichen Anlagen und Maschinen während ihrer Nutzungsdauer aufgewendet werden müssen.
 - 3) Versicherungen
- d) L_{N-F} : Löhne für manuelle Arbeit von Nicht-Familienmitgliedern

Reinertrag:

Die Berechnung der Reinerträge wird Jahr für Jahr durchgeführt.

Die einzelnen jährlichen Reinerträge werden als Differenz zwischen den jeweiligen verkäuflichen Produkten und Dienstleistungen und den Kosten errechnet. Die jährlichen Gewinne werden summiert und weder aufgezinnt noch aufgewertet.

¹⁵¹) Dies gilt unabhängig von der Art der Zuwendung: Verlustbeiträge, Zinsbeiträge und Ratenbeiträge.

2.2. Betriebszuwächse/Betriebsminderungen und erworbene/veräußerte Sachen

Bei den *Betriebszuwächsen und Betriebsminderungen* handelt es sich um bewegliche (Bankeinlagen, Bargeld, Wertpapiere, Viehbestand, Einrichtungsgegenstände, Maschinen und Anlagen, Fuhrpark, usw.) oder unbewegliche (Grundstücke, Gebäude, Anlagen) Vermögenszuwächse oder Vermögensminderungen. *Erworbene und veräußerte Sachen* stellen bewegliche oder unbewegliche Güter dar, welche während der Dauer des Familienunternehmens in das Vermögen des Betriebes einfließen oder aus diesem ausscheiden.¹⁵²

Es dürfen bloß jene Zuwächse berücksichtigt werden, die nicht auf die Geldentwertung zurückzuführen sind, denn die durch den Kaufkraftschwund des Geldes eingetretene nur nominale Wertsteigerung des Anfangsvermögens ist kein Zugewinn.

Der Wert der Betriebszuwächse, der Betriebsminderungen, der erworbenen und veräußerten Sachen, ergibt sich aus der Differenz zwischen Endvermögen und Anfangsvermögen des Familienunternehmens.

Diese Differenz wird ermittelt, indem zwei Bewertungen vorgenommen werden, wobei die eine bei Auflösung des Familienunternehmens oder bei Ausscheiden eines anspruchsberechtigten Familienmitgliedes zu erfolgen hat und die andere zu Beginn des Zuwachses (Minderung) oder zum Zeitpunkt des Erwerbs (Erwerbs).

Bevor die Differenz zwischen dem Endvermögen und dem Anfangsvermögens gebildet wird, ist das Anfangsvermögen zunächst entsprechend der inzwischen eingetretenen Geldentwertung zu erhöhen um dem zwischenzeitlich eingetretenen Kaufkraftschwund Rechnung zu tragen. Dazu ist der Lebenshaltungskostenindex (ISTAT- Index) heranzuziehen. Das Anfangsvermögen wird mit dem Preisindex für die Lebenshaltung am Ende des Familienunternehmens oder bei Ausscheiden eines Familienmitgliedes multipliziert und gleichzeitig durch den entsprechenden Index bei Beginn des Zuwachses oder Erwerbs dividiert.

Im speziellen Falle von abschreibbaren Gütern sind von der so ermittelten Differenz die Abschreibungsquoten abzuziehen.

Somit werden bei unbeweglichen Gütern, die abgeschrieben werden (z. B.

¹⁵²) Der Artikel 230-bis des Zivilgesetzes unterscheidet zwischen Zuwachs und Erwerb; in der Praxis kann es oftmals zweckmäßig sein diese zusammen zu bewerten.

Wohngebäude), von der Differenz zwischen dem Endwert und dem aufgewerteten Anfangswert, die aufgewerteten Abschreibungsquoten abgezogen.

Bei beweglichen Gütern, die abgeschrieben werden (z. B. Landmaschinen), erübrigt sich die Ermittlung der Wertänderung, weil man davon ausgehen kann, dass die Summe aus aufgewertetem Anfangswert und aus den Abschreibungsquoten, dem Neuanschaffungspreis entspricht.

Betriebszuwächse oder Betriebsminderungen von beweglichen Gütern werden allerdings dann berücksichtigt, wenn für diese Güter keine Abschreibungen vorgenommen wurden (z. B. Antiquitäten).

Gewinne oder Verluste von Wertpapieren, welche mit Mitteln des Unternehmens gekauft wurden, sind als Zugewinne oder Verluste zu verrechnen und im Zusammenhang mit der Bewertung der erworbenen Sachen zu berücksichtigen.

Die jeweilige Bewertung muss, sofern notwendig, für ein jedes Mitglied des Familienunternehmens getrennt vorgenommen werden. Die Zuwächse von zwischenzeitlich erworbenen Gütern sind zum Stichtag der Einbringung in das Familienunternehmen zu bewerten. Der Wert der erworbenen Güter ist in Abhängigkeit ihrer Herkunft zu bewerten:

Handelt es sich um Güter, die durch ein Mitglied in das Unternehmen eingebracht wurden, die durch Schenkung, Erbschaft oder ausschließlich mit persönlichen Mitteln erworben wurden, so sind diese lediglich dem jeweiligen Familienmitglied zuzurechnen. Demnach ist der Wert solcher Güter unter den anderen Familienmitgliedern, mit Ausnahme des während der Dauer des Familienunternehmens eingetretenen Zuwachses, nicht aufzuteilen.

Handelt es sich hingegen um Güter, die mit Mittel des Familienunternehmens erworben wurden, auch für den Fall, dass sie auf den Namen einzelner Familienmitglieder verbüchert wurden, so sind sowohl deren Wert, als auch die damit erzielten Zuwächse im Rahmen des Familienunternehmens zu bewerten.

Für Veräußerungen und Betriebsminderungen sind jeweils dieselben Überlegungen anzustellen.

Sofern für den zwischenzeitlichen Erwerb der Güter angehäufte Erträge herangezogen werden, muss im Rahmen der Ertragsberechnung der für den Erwerb verwendete Geldbetrag zum entsprechenden Zeitpunkt abgezogen werden

Wird für den zwischenzeitlichen Erwerb von Gütern hingegen Fremdkapital beansprucht, so wird im Rahmen der Ertragsberechnung die für die Tilgung des Darlehens jährlich anfallende Tilgungsrate abgezogen.

Die bei Auflösung des Familienunternehmens verbleibende Restschuld stellt eine negative Vermögensposition dar, die bei der Gewinn- und Vermögensaufteilung einzurechnen ist.

Die zur Ermittlung der jeweiligen Vermögen notwendigen Bewertungskriterien lassen sich am besten anhand von Fallbeispielen veranschaulichen.

- a) Fall eins: Im Jahre 1951 gründen A und B ein Familienunternehmen, wobei A einen Hektar Obstbaufläche in das Unternehmen einbringt und weiterhin Eigentümer dieser Fläche bleibt. B scheidet im Jahre 2005 aus dem Familienunternehmen aus und beansprucht anteilmäßig die Zuwächse. Auch wenn im Bewertungszeitraum eine sehr hohe Wertsteigerung der Obstbaufläche erfolgt ist, so stellt diese dann keinen Zugewinn dar, wenn sie nicht auf die betriebswirtschaftliche Führung, sondern lediglich auf die inzwischen eingetretene Geldentwertung zurückzuführen ist.
- b) Fall zwei: Der Fall zwei ähnelt dem Fall eins mit dem einzigen Unterschied, dass auf der betroffenen Obstbaufläche eine Hagelschutzanlage errichtet wurde. Zum heutigen Zeitpunkt hätte die Obstwiese ohne Hagelschutzanlage einen Marktwert von € 40,00/m². Die gleiche Obstwiese mit der Hagelschutzanlage hingegen hat derzeit einen Marktwert von €45,00/m². Daraus ergibt sich ein Zugewinn von insgesamt € 5,00/m², was hochgerechnet auf die Fläche von einem Hektar, einem Zugewinn von € 50.000,00 ergibt.
- c) Fall drei: Im Jahre 1980 gründen A und B ein Familienunternehmen, wobei A einen Geldbetrag von € 100.000,00 einbringt, der unverzüglich in eine Saunalandschaft des Hotels des Unternehmens investiert wird. Für die Ermittlung des Zugewinns bei Auflösung des Familienunternehmens im Jahre 2000 wird vorerst die Differenz des Marktwertes des Endvermögens des Hotelgebäudes unter Berücksichtigung der erbauten Saunalandschaft und des Marktwertes des aufgewerteten Anfangsvermögens desselben Hotelgebäudes ohne Berücksichtigung der Saunalandschaft ermittelt. Anschließend wird der eingebrachte Geldbetrag bis zum Zeitpunkt der Auflösung des Unternehmens aufgezin¹⁵³. Der Zugewinn ergibt sich schließlich, indem von der Differenz zwischen den beiden Vermögen der aufgezinste Geldbetrag abgezogen wird.
- d) Fall vier: Bei Familienunternehmensgründung bringt B einen Geldbetrag von € 100.000,00 ein, der nicht investiert wird, sondern zur Tilgung eines Darlehens des Gastbetriebes verwendet wird, so hat B bei Ausscheiden aus dem Familienunternehmen das Recht denselben Betrag zuzüglich Zinsen zu erhalten.

Die Ermittlung des Anfangs- und des Endvermögens von unbeweglichen und beweglichen Vermögensgütern beinhaltet eine vielschichtige Bewertungsproblematik. Der Art. 230-bis des Zivilgesetzbuches schreibt weder ein bestimmtes **Bewertungskriterium** noch ein bestimmtes **Bewertungsverfahren** vor. Nach her-

153) Der Geldbetrag ist wie ein Darlehen an das Familienunternehmen zu betrachten. Bezüglich Zinsen kommen die Artikel 1815 und 1284 ZGB zur Anwendung.

kömmlicher Meinung ist der Marktwert anzusetzen, also der Wert, der bei einer Veräußerung des Vermögenspostens voraussichtlich erzielt werden kann. Zur Bestimmung des Marktwertes kommt das Vergleichswertverfahren zur Anwendung, wenn für ein Gut (z. B. eine Obstwiese als walzende Parzelle) ein Markt besteht. Um diesen Marktwert ermitteln zu können, müssen tatsächlich erzielte Marktpreise für ähnliche Güter zu einem bestimmten Zeitpunkt bekannt sein.

In der allgemeinen Bewertungsliteratur wird aber hervorgehoben, dass im Falle von Unternehmen (z. B. im Falle eines Hotelkomplexes, eines geschlossenen Hofes) wie auch von Anteilen von Unternehmen, zur Bestimmung des Marktwertes, das Ertragswertverfahren, das am besten geeignete sein kann. Dies gilt z. B. für die Bestimmung des Marktwertes eines geschlossenen Hofes. Für die Kapitalisierung im Ertragswertverfahren bei geschlossenen Höfen gelten jedoch andere Faktoren als bei der Schätzung des Übernahmewertes im Sinne des Erbrechts.

Einen besonderen Fall stellt der Erwerb eines Grundstückes dar, welches anschließend einem geschlossenen Hof zugeschrieben wird. Während der Ankauf eines solchen Grundstückes in der Regel zu Marktpreisen erfolgt, wird die Bewertung des Endvermögens dieses Anteils am geschlossenen Hof über das Ertragswertverfahren vorgenommen, weil dieses Teilstück als solches nicht handelbar ist.

Für Bankeinlagen, Bargeld u. ä. wird nicht die Differenz zwischen Anfangs- und Endvermögen gebildet, weil sich das Endvermögen zusammensetzt aus dem eventuell vorhandenen Anfangsvermögen, den verbliebenen Gewinnen, den zurückgelegten Abschreibungsquoten und den angereiften Zinsen. All diese Posten sind in die Berechnung bereits eingeflossen und dürfen hier nochmals berücksichtigt werden.

Weiters müssen bei der Ermittlung des Anfangs- und Endvermögens die *Verbindlichkeiten* Berücksichtigung finden. Dazu zählen kurzfristige Bankkredite, Darlehen, Leasing –Finanzierungen, Anleihen, Lieferverbindlichkeiten, Kundenanzahlungen, Rückstellungen.

Für die Ermittlung des *verzinslichen Fremdkapitals*, also für kurzfristige Bankkredite, Darlehen, Leasing –Finanzierungen und Anleihen, wird die Summe der zum marktüblichen Zins für entsprechende Kredite abgezinsten, künftigen Kapitaldienstleistungen eingesetzt.

Andere Positionen mit Fremdkapitalcharakter, wie Lieferverbindlichkeiten, Kundenanzahlungen oder Rückstellungen, werden in der Regel zum Nominalbetrag abgesetzt.

2.3. Geschäftswert

Wenn der Marktwert eines Unternehmens höher ist als die Summe der Substanzwerte der einzelnen Güter und des Zubehörs desselben Unternehmens, so stellt dieser Mehrwert den Geschäftswert des Unternehmens dar. Dieser resultiert aus dem koordinierten Zusammenspiel aller Produktionsfaktoren. Ein solcher Mehrwert (goodwill) muss nicht zwingend bestehen und kann in bestimmten Fällen sogar negative Ausmaße annehmen (badwill). Dies gilt vor allem für Wirtschaftssektoren, in denen die Konkurrenz sehr groß ist. Bei landwirtschaftlichen Unternehmen im engeren Sinne wird der Geschäftswert typischerweise mit null angesetzt; weil in diesem Bereich eine sehr große Anzahl von Betrieben vergleichbare Waren unter ähnlichen Bedingungen anbieten, ist der Mehrwert durch die Konkurrenz verloren gegangen.

Liefert der Bauer beispielsweise die Milch oder das Obst an die Genossenschaft, so kann dem Betrieb für diesen Bereich kein besonderer Geschäftswert zugeschrieben werden, weil der einzelne Betrieb nicht unmittelbar am Markt agiert und sich als solcher von der Masse nicht abhebt. Betriebszweige wie Tätigkeiten im Rahmen des Urlaubs am Bauernhof, Ab-Hof-Verkauf oder Veredelungsbetriebe können hier eine Ausnahme darstellen. In anderen Wirtschaftssektoren, wie im Tourismus, Handwerk und Handel, kann ein solcher Mehrwert durchaus bestehen.

Der Geschäftswert ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Wert, der aus einer angemessenen Kapitalisierung der Nettoerträge resultiert und der Summe der Vermögenswerte des Unternehmens.

Dieser Mehrwert ist auf zwei Kategorien von Faktoren zurückzuführen: objektive und subjektive Faktoren. Zur ersteren Gruppe gehören der Betriebsstandort und andere Umfeldfaktoren, Art des Kundenstocks und dessen Gewohnheiten, das Renommee des Unternehmens, bestehende Geschäftsbeziehungen, erreichte Qualitätsstandards in der Fertigung von Produkten, Monopolstellungen.

Zur zweiten Kategorie gehören sämtliche Faktoren, welche im Zusammenhang mit der Betriebsführung stehen, wie z. B. die besondere Fähigkeit in der Leitung und Verwaltung des Betriebes oder im Umgang mit Personen.

Sollte ein Geschäftswert tatsächlich vorliegen, so sind eventuelle Mehr- oder auch Minderwerte in der Regel zeitlich begrenzt zu bewerten, weil die subjektiven und objektiven Faktoren unter Umständen nicht von Dauer sind. In der Praxis haben sich bei der Bewertung von Unternehmen, bei denen der Geschäftswert stark subjektiv beeinflusst ist, Zeiträume von 3 bis 5 Jahren durchgesetzt, während für Unternehmen, bei denen die objektiven Einflüsse überwie-

gen, längere Zeiträume von 6 bis 9 Jahren angenommen werden können. Die praktische Ermittlung des Geschäftswertes (GW) erfolgt unter Anwendung folgender Gleichung:

$$GW = [RE - (r' \cdot NV)] \cdot (q^n - 1) / (r' \cdot q^n), \text{ wobei:}$$

RE = mittlerer bereinigter Reinertrag, entspricht dem arithmetischen Mittel der Reinerträge, die der Gewinn- und Verlustrechnung der letzten drei Jahre entnommen werden. Die Bereinigung erfolgt, indem alle außergewöhnlichen Ertragspositionen herausgerechnet werden. Darüber hinaus hat für ebendiese Bereinigung eine Steuerkorrektur zu erfolgen.

NV = Nettovermögen des Familienunternehmens

r' = Betriebs- und sektorspezifischer Ertragsatz. Dieser setzt sich zusammen aus dem Zinssatz für risikofreie Investitionen wie sie annähernd für Staatspapiere gelten (diese können derzeit in etwa mit 2% beziffert werden) und aus dem Zinssatz zur Abgeltung des Risikos für betriebs-spezifische Vermögen. Allgemein gelten in etwa 5,5%ige, insgesamt also 7,5%ige Zinssätze.

r = Kapitalisierungszinssatz des Mehrertrages. Dieser beinhaltet zusätzlich zu den oben angeführten Positionen die noch nicht berücksichtigten Risikofaktoren im Zusammenhang mit der Betriebsaktivität und beläuft sich in der Regel auf zusätzlich 1% (insgesamt also 8,5%).

$$q = 1 + r$$

n = Anzahl der Jahre,

2.4. Unterhaltskosten

Für die Berechnung der Unterhaltskosten ist der tatsächliche Aufwand für die Bestreitung des Unterhalts während des Bestehens des Familienbetriebes so gut als möglich nachzuzeichnen¹⁵⁴.

Dabei geht es nicht so sehr darum festzustellen welchen Lebensstandard sich die Familie hätte leisten können, sondern vielmehr darum festzustellen auf welchem Lebensstandard die Familie tatsächlich gelebt hat. Demzufolge gilt

¹⁵⁴) vgl. Teil I, Kapitel 4.4.: „Kriterien zur Festlegung der Höhe des Unterhalts: das Konsumverhalten“.

es zu versuchen die in der Vergangenheit vorgefallenen Spesen für den bereits genossenen Unterhalt so wahrheitsgetreu als möglich nachzuvollziehen. Dabei bedient man sich –sofern vorliegend- der von der Familie getätigten Aufzeichnungen. Sind solche Angaben nicht oder nur teilweise vorhanden und liegt auch kein anderes Datenmaterial vor, so kann man behelfsmäßig auf statistische Erhebungen zurückgreifen, die fallspezifisch anzupassen sind. Werden die Lebensmittel z.B. großteils am Hof erzeugt und müssen deshalb nicht erworben werden, so dürfen sie nicht im vollen Ausmaß in die Berechnung der Unterhaltskosten einbezogen werden. Ähnliche Überlegungen sind für Heizkosten, Mieten usw. anzustellen.

Bewertung im Zusammenhang mit der Auflösung eines Familienunternehmens im Bereich Landwirtschaft

3

3.1 Beschreibung des Familienunternehmens

3.2 Betr

3.3 Ge

3.1. Beschreibung des Familienunternehmens

3.1.1. Art und Dauer des Familienunternehmens

Am 27. 10. 1994 haben A und B geheiratet und den Ehestand der gesetzlichen Gütertrennung gewählt. B ist in dieser Zeit noch in einem anderen Arbeitsverhältnis beschäftigt, ist jedoch dabei dieses aufzulösen. Mit 01.01.1995 beginnt B im Betrieb von A mitzuarbeiten. Wenngleich die Leitung des Betriebes nach wie vor bei A bleibt, wird im vorliegenden Beispiel angenommen, dass beide Ehepartner in gleichen Maßen zum Erfolg des Unternehmens beitragen. Demnach gilt mit diesem Datum das Familienunternehmen als gegründet, auch wenn dies nicht ausdrücklich formalisiert wurde.

Der Ehepartner A bringt den Betrieb, also alle Liegenschaften, alle Maschinen und das Vieh, in das Familienunternehmen ein.

Am 20. 12. 2003 verlässt B auf Grund der Trennung von ihrem Ehepartner das Unternehmen. Demnach gilt das Familienunternehmen mit diesem Datum als aufgelöst.

Die Dauer des Familienunternehmens erstreckt sich somit vom 01.01.1995 bis zum 20. 12. 2003.

3.1.2. Betriebsausrichtung des Familienunternehmens

Das Familienunternehmen beschäftigt sich mit der Bewirtschaftung eines landwirtschaftlichen Betriebes mit drei verschiedenen Betriebsausrichtungen:

- a) Obstproduktion
- b) Viehwirtschaft
- c) „Urlaub am Bauernhof“

Die Liegenschaften, welche die Produktionsgrundlage des Betriebes darstellen, sind Bestandteile eines geschlossenen Hofes.

3.2. Beschreibung des landwirtschaftlichen Betriebes

3.2.1. Grundkapital Landwirtschaftliche Nutzflächen

Die Liegenschaften, welche bei Gründung des Familienunternehmens vorlagen, hatten eine Gesamtkatasterfläche von 74.210 m². Auf ca. 3,00 Ha dieser Fläche wird Obstbau betrieben. 4, 3 Ha der Betriebsfläche werden als Dauerwiesen genutzt, der Rest wird von Gebäuden und von nicht ertragbringenden Flächen

eingekommen. Im Jahre 2002 wurde eine Obstbaufläche, im Ausmaß von 0,30 Ha erworben.

Die landwirtschaftlichen Nutzflächen liegen auf rund 750 M. ü. d. M. Die Obstanlagen und Dauerwiesen stellen die Grundlage der derzeitigen und zukünftigen Erträge dar. Die Obstanlagen sind bereits vor Gründung des Familienunternehmens angelegt worden und befanden sich über den gesamten Zeitraum des Bestehens des Familienunternehmens im Vollertrag. Bei den Obstanlagen handelt es sich durchwegs um Dichtpflanzungen der Sorte Golden Delicious, welche vorwiegend auf schwach wachsenden Unterlagen des Typs M9 gepfropft wurden und einen Pflanzabstand von ca. 3,0 Metern zwischen den Reihen und von 0,70 Metern in der Reihe aufweisen. Die vorwiegende Erziehungsform der Obstbäume ist die Spindel. Die Obstwiesen sind mit Oberkronenberegnungsanlagen ausgestattet. Das Stützgerüst besteht aus Betonsäulen und verzinkten Drähten.

Alle Grünlandflächen können maschinell bearbeitet werden. Sie weisen eine gute Bodenstruktur auf und sind drei- bis vierschnittig. Die Wiesenflächen liefern die Futtergrundlage für den am Hofe gehaltenen Viehbestand.

Wohngebäude mit Strukturen für den „Urlaub am Bauernhof“

Das landwirtschaftliche Wohngebäude ist vor dreißig Jahren in damals ortsüblicher schlichter Bauweise errichtet worden. Es bietet ausreichend Platz für die Unterbringung der bäuerlichen Familien und für die Saisonarbeiter.

Darüber hinaus verfügt der Hof über zwei Ferienwohnungen, in denen die Tätigkeit des Urlaubs am Bauernhof ausgeübt wird. Die beiden Wohnungen sind im Obergeschoss des Wohngebäudes untergebracht und haben eine Gesamtfläche von 120 m².

Das Gebäude hat ein Bauvolumen von insgesamt 1.000 m³.

Für die Berechnung der jährlichen Abschreibungs- und Instandhaltungskosten werden vereinfachte Annahmen getätigt, um aufwendige Berechnungen zu vermeiden.

Deshalb wird zur Ermittlung des Kostenneuwertes des Wohngebäudes die Bewertung zur Mitte der Dauer des Familienunternehmens (1999) vorgenommen. Der Kostenneuwert des Wohngebäudes im Jahre 1999, abzüglich der öffentlichen Zuwendungen, wird über den wirtschaftlichen Aspekt des wahrscheinlichsten Kostenwertes ermittelt und mit € 250.000,00 ($\text{€ } 250,00/\text{m}^2 \cdot 1.000 \text{ m}^2$) festgesetzt.

Die jährliche *Abschreibungsquote* wird mit € 3.125,00 ($= \text{€ } 250.000,00 \cdot 0,0125$) bestimmt, wobei eine lineare Bewertungsmethode, bei Berücksichtigung eines Endwertes, zur Anwendung kommt.

Die *Instandhaltungskosten* werden mit 0,4% des vollen Kostenwertes des Gebäudes (€ 400.000,00), also mit € 1.600,00 veranschlagt.

Die *Versicherungskosten* werden mit 0,2% des vollen Kostenwertes des Gebäudes (€ 400.000,00), also mit € 800,00 anberaumt.

Wirtschaftsgebäude

Das Wirtschaftsgebäude stellt ein eigenständiges Gebäude dar, welches vor knapp vierzig Jahren in damals ortsüblicher Bauweise errichtet und seitdem nicht mehr abgeändert wurde. Im Untergeschoss welcher in Stahlbeton und Ziegelmauerwerk errichtet wurde, befindet sich der Stall. Der Anbindestall ist für 7 Milchkühe und für 5 Jungrinder konzipiert.

In den beiden oberen Stockwerken befindet sich der Stadel für die Unterbringung des Erntegutes.

Der obere Teil des Wirtschaftsgebäudes ist in Holz ausgeführt und wird von einem Satteldach abgedeckt.

An der Nordseite des Wirtschaftsgebäude ist ein einstöckiger Maschinenraum angebaut, in welchem die Landmaschinen und Geräte untergebracht sind.

Das Gesamtvolumen des Wirtschaftsgebäudes beträgt rund 1.300 m².

Für die Berechnung der jährlichen Abschreibungs- und Instandhaltungskosten des Wirtschaftsgebäudes werden dieselben vereinfachten Annahmen getätigt, wie sie bereits für das Wohngebäude aufgezeigt wurden:

Der Kostenneuwert, abzüglich der öffentlichen Zuwendungen, beträgt rund € 195.000,00.

Die jährliche *Abschreibungsquote* beträgt rund € 1.950,00 (= €195.000,00*0,01).

Die *Instandhaltungskosten* werden mit 0,4% des vollen Kostenwertes des Gebäudes (€ 325.000,00), also mit € 1.300,00 veranschlagt.

Die *Versicherungskosten* werden mit 0,2% des vollen Kostenwertes des Gebäudes (€ 325.000,00), also mit € 650,00 anberaumt.

3.2.2. Betriebskapital Maschinenkapital

In der folgenden Tabelle werden die am Betrieb während der Dauer des Familienunternehmens vorhandenen Landmaschinen angeführt.

Für die Berechnung der jährlichen Abschreibungs- und Instandhaltungskosten werden vereinfachte Annahmen getätigt, um aufwendige Berechnungen zu vermeiden.

Deshalb wird die Ermittlung des Neuwertes der Maschinen und Geräte, mit Bewertungszeitpunkt zur Mitte der Zeitdauer des Familienunternehmens (1999)

vorgenommen. Anhand dieser Werte, anhand der Endwerte der Maschinen (Restwert am Ende der jeweiligen Abschreibungsdauer) und anhand der potentiellen wirtschaftlich-technischen Lebensdauer der einzelnen Maschinen, werden die jährlichen durchschnittlichen Abschreibungskosten sowie die Instandhaltungskosten erfasst.

| Landmaschinenpark | | | | | |
|-------------------|-----------------------|--------------|-------------|-----------------------|------------------------------|
| Typ | Lebensdauer in Jahren | Neuwert 1999 | Endwert | Jährl. Abschreibungen | Jährl. Instandhaltungskosten |
| Traktor | 30 | € 32.000,00 | € 3.000,00 | € 966,00 | € 960,00 |
| Obstbau | 30 | € 40.000,00 | € 5.000,00 | € 1.166,00 | € 1.200,00 |
| Traktor Allrad | 40 | € 1.000,00 | € 500,00 | € 12,50,00 | € 20,00 |
| Düngerstreuer | 20 | € 10.000,00 | € 1.000,00 | € 150,00 | € 300,00 |
| Sprühgerät | 15 | € 4.000,00 | € 500,00 | € 150,00 | € 80,00 |
| Mulchgerät | 30 | € 7.000,00 | € 700,00 | € 560,00 | € 140,00 |
| Anhänger | 30 | € 5.000,00 | € 1.000,00 | € 1.360,00 | € 100,00 |
| Pelletwagen | 20 | € 3.000,00 | € 500,00 | € 1.200,00 | € 90,00 |
| Stapler | 30 | € 18.000,00 | € 2.000,00 | € 300,00 | € 540,00 |
| Ladewagen | 20 | € 3.500,00 | € 300,00 | € 400,00 | € 70,00 |
| Kreiselmäher | 30 | € 4.500,00 | € 1.000,00 | € 640,00 | € 90,00 |
| Miststreuer | 25 | € 1.500,00 | € 200,00 | € 720,00 | € 30,00 |
| Bandrechen | 30 | € 1.700,00 | € 300,00 | € 800,00 | € 34,00 |
| Heuschwader | 40 | € 1.300,00 | € 500,00 | € 300,00 | € 26,00 |
| Heckschaukel | | | | | |
| GESAMT | | €132.500,00 | € 16.500,00 | € 4.226,17 | € 3.680,00 |

Die Versicherungskosten werden mit 0,3% des Neuwertes veranschlagt.

Lebendes Betriebskapital

Am landwirtschaftlichen Betrieb werden durchschnittlich 7 Milchkühe, 3 Jungrinder bis zu einem Lebensjahr und 2 Jungrinder im Alter von mehr als einem Jahr gehalten. Am Betrieb wird die interne Aufzucht betrieben.

Anderes bewegliches Betriebskapital

An und für sich kommen am landwirtschaftlichen Betrieb im Normalfall noch andere Betriebskapitalien zum Einsatz, wie z. B. Vorschusskapitalien.

In der Praxis spielen diese eine unwesentliche Rolle und sind darüber hinaus, besonders dann wenn deren Einsatz lang zurückliegt, schwer zu quantifizieren.

3.3. Bewertung

Im folgenden Beispiel wird der dem ausscheidendem Familienmitglied zustehende Betrag (B₁), bzgl. der erwirtschafteten Gewinne, der Betriebszuwächse und erworbenen Sachen, sowie des Geschäftswertes, abzüglich der Unterhaltskosten ermittelt.

3.3.1. Bewertung des Gewinns

3.3.1.1. Bewertungskriterien und –methoden

Um den Unternehmergewinn im Sinne des Art. 230-bis des ZGB, der während des Bestehens des Familienunternehmens erwirtschaftet wird, ermitteln zu können, werden vorerst die jährlichen Roherträge erfasst.

Dabei wird nach den Kriterien vorgegangen, wie sie unter Punkt 2.1. angeführt sind.

Was die Roherträge der drei Betriebsausrichtungen – Obstbau, Viehwirtschaft, Urlaub am Bauernhof – anbelangt, so liegen entsprechende Daten über erzielte Einnahmen vor.

Im Falle der Obstwirtschaft wurden die diesbezüglichen Informationen bei der Obst- genossenschaft eingeholt, bei der der Betrieb Mitglied ist und folglich die gesamte Apfelproduktion abliefern.

Im Falle der Milchwirtschaft lieferte die diesbezüglichen Informationen der Milchhof, bei dem der Betrieb Mitglied ist und folglich die gesamte Milch abliefern. Was den Verkauf von Lebendvieh anbelangt, welcher durchwegs über die Zucht- bzw. Schlachtviehversteigerung erfolgt ist, liegen ebenfalls entsprechende Rechnungen vor.

Die von den Genossenschaften und Vereinigungen ausgehändigten Daten wurden auf ihre Plausibilität hin überprüft und für angemessen befunden.

Zur Bewertung der erzielten Einnahmen aus der Tätigkeit im Rahmen des Urlaubs auf dem Bauernhof wurden die Belege und Aufzeichnungen den entsprechenden Registern entnommen.¹⁵⁵

155) Sofern die Aufzeichnungen lückenhaft sind, müssen diese durch plausible Annahmen integriert werden.

Ähnliche Überlegungen wurden für die Kosten angestellt.

Dokumentierte Kosten über die drei Betriebszweige liegen sehr wenige vor. Aus diesem Grunde ist es notwendig, entsprechende Annahmen vorzunehmen.

Die Kostenermittlung für die drei jeweiligen Betriebsausrichtungen erfolgt gemäß der unter Punkt 2.1. angeführten Gleichung.

Die Berechnung der Kosten für die jeweiligen Betriebszweige muss Jahr für Jahr durchgeführt werden.

Im vorliegenden Beispiel wird die Kostenberechnung aus Platzgründen und um Wiederholungen zu vermeiden nur auf das erste Jahr beschränkt. Für die Kosten, insbesondere für die verschiedenen Spesen im Bereich Obstwirtschaft und Viehwirtschaft werden nur die jeweiligen Endergebnisse aufgelistet.

Die einzelnen jährlichen Reinerträge werden als Differenz zwischen den jeweiligen Roherträgen und den jeweiligen Kosten errechnet.

Die jährlichen Gewinne werden summiert und weder aufgezinst noch aufgewertet.

3.3.1.2. Bewertungen

3.3.1.2.1. Ermittlung der Roherträge

Roherträge aus dem Obstbau

| Jahr | Fläche Ha | Menge Kg | Preis €/Kg | Rohertrag € |
|------|--------------|-------------|---------------|-------------------|
| 1995 | 3,00 | 114.000,00 | 0,35 | 39.900,00 |
| 1996 | 3,00 | 141.000,00 | 0,22 | 31.020,00 |
| 1997 | 3,00 | 153.000,00 | 0,23 | 35.190,00 |
| 1998 | 3,00 | 126.000,00 | 0,26 | 32.760,00 |
| 1999 | 3,00 | 141.000,00 | 0,19 | 26.790,00 |
| 2000 | 3,00 | 135.000,00 | 0,25 | 33.750,00 |
| 2001 | 3,00 | 156.000,00 | 0,33 | 51.480,00 |
| 2002 | 3,30 | 162.000,00 | 0,32 | 51.840,00 |
| 2003 | 3,30 | 150.000,00 | 0,29 | 43.500,00 |
| | | | | 346.230,00 |

Roherträge aus der Milchproduktion

| Jahr | Milchmenge Kg | Preis €/Kg | Rohertrag € |
|------|------------------|---------------|-------------------|
| 1995 | 42.367,00 | 0,42 | 17.794,14 |
| 1996 | 43.578,00 | 0,43 | 18.738,54 |
| 1997 | 39.998,00 | 0,41 | 16.399,18 |
| 1998 | 41.768,00 | 0,44 | 18.377,92 |
| 1999 | 45.888,00 | 0,43 | 19.731,84 |
| 2000 | 44.564,00 | 0,45 | 20.053,80 |
| 2001 | 40.815,00 | 0,45 | 18.366,75 |
| 2002 | 41.002,00 | 0,47 | 19.270,94 |
| 2003 | 42.456,00 | 0,44 | 18.680,64 |
| | | | 167.413,75 |

Roherträge aus dem Viehverkauf

| Jahr | Stierkälber Stückzahl | Preis € | Trächtige Kalbinnen Stückzahl | Preis € | Altkühe Stückzahl | Preis € | Rohertrag € |
|------|--------------------------|------------|-------------------------------------|------------|----------------------|------------|------------------|
| 1995 | 3 | 396,00 | 1 | 1.525,76 | 2 | 1.161,60 | 3.083,36 |
| 1996 | 3 | 405,48 | 1 | 1.436,35 | 2 | 987,20 | 2.829,03 |
| 1997 | 2 | 283,50 | 1 | 1.575,70 | 2 | 1.126,08 | 2.985,28 |
| 1998 | 3 | 448,35 | 1 | 1.398,68 | 2 | 1.116,00 | 2.963,03 |
| 1999 | 3 | 442,26 | 1 | 1.510,71 | 2 | 1.124,24 | 3.077,21 |
| 2000 | 4 | 646,80 | 0 | 0,00 | 2 | 1.143,00 | 1.789,80 |
| 2001 | 3 | 425,10 | 1 | 1.602,53 | 2 | 915,04 | 2.942,67 |
| 2002 | 4 | 608,40 | 0 | 0,00 | 2 | 823,86 | 1.432,26 |
| 2003 | 3 | 441,54 | 1 | 1.439,91 | 2 | 1.064,80 | 2.946,25 |
| | | | | | | | 24.048,89 |

Roherträge aus der Tätigkeit „Urlaub am Bauernhof“

| Jahr | Auslastung insgesamt Tage | Preis/Tag € | Rohertrag € |
|------|------------------------------|----------------|------------------|
| 1995 | 260,00 | 35,00 | 9.100,00 |
| 1996 | 258,00 | 37,00 | 9.546,00 |
| 1997 | 264,00 | 38,50 | 10.164,00 |
| 1998 | 248,00 | 39,50 | 9.796,00 |
| 1999 | 256,00 | 41,00 | 10.496,00 |
| 2000 | 220,00 | 43,00 | 9.460,00 |
| 2001 | 254,00 | 44,00 | 11.176,00 |
| 2002 | 260,00 | 46,00 | 11.960,00 |
| 2003 | 256,00 | 48,50 | 12.416,00 |
| | | | 94.114,00 |

Summe der Roherträge der Jahre 1995 bis 2003

| Tätigkeit Jahr | Obstbau € | Milchproduktion € | Viehverkauf € | U. a. B. € | Summe € |
|-------------------|--------------|----------------------|------------------|---------------|-------------------|
| 1995 | 39.900,00 | 17794,14 | 3.083,36 | 9.100,00 | 69.877,50 |
| 1996 | 31.020,00 | 18738,54 | 2.829,03 | 9.546,00 | 62.133,57 |
| 1997 | 35.190,00 | 16399,18 | 2.985,28 | 10.164,00 | 64.738,46 |
| 1998 | 32.760,00 | 18377,92 | 2.963,03 | 9.796,00 | 63.896,95 |
| 1999 | 26.790,00 | 19731,84 | 3.077,21 | 10.496,00 | 60.095,05 |
| 2000 | 33.750,00 | 20053,80 | 1.789,80 | 9.460,00 | 65.053,60 |
| 2001 | 51.480,00 | 18366,75 | 2.942,67 | 11.176,00 | 83.965,42 |
| 2002 | 51.840,00 | 19270,94 | 1.432,26 | 11.960,00 | 84.503,20 |
| 2003 | 43.500,00 | 18680,64 | 2.946,25 | 12.416,00 | 77.542,89 |
| | 346.230,00 | 167.413,75 | 24.048,89 | 94.114,00 | 631.806,64 |

3.3.1.2.2. Ermittlung der Kosten

3.3.1.2.2.1. Verschiedenen Spesen (VS)

Verschiedenen Spesen im Obstbau (VS)

| Jahr | Fläche Ha | VS/Ha € | VS Gesamt € |
|------|--------------|------------|------------------|
| 1995 | 3,00 | 1.507,00 | 4.521,00 |
| 1996 | 3,00 | 1.526,26 | 4.578,78 |
| 1997 | 3,00 | 1.553,78 | 4.661,34 |
| 1998 | 3,00 | 1.598,35 | 4.795,05 |
| 1999 | 3,00 | 1.645,12 | 4.935,36 |
| 2000 | 3,00 | 1.657,89 | 4.973,67 |
| 2001 | 3,00 | 1.689,37 | 5.068,11 |
| 2002 | 3,30 | 1.698,56 | 5.605,25 |
| 2003 | 3,30 | 1.725,20 | 5.693,16 |
| | | | 44.831,72 |

Verschiedene Spesen in der Viehwirtschaft (VS)

| Jahr | GVE Anzahl | VS/GVE € | VS Gesamt € | Fläche HA | VS/Fläche € | VS Gesamt € | Summe € |
|------|---------------|-------------|----------------|--------------|----------------|----------------|------------------|
| 1995 | 9,00 | 583,54 | 5.251,86 | 4,30 | 151,06 | 649,56 | 5.901,42 |
| 1996 | 9,00 | 594,10 | 5.346,90 | 4,30 | 153,27 | 659,06 | 6.005,96 |
| 1997 | 9,00 | 605,15 | 5.446,35 | 4,30 | 155,98 | 670,71 | 6.117,06 |
| 1998 | 9,00 | 618,33 | 5.564,97 | 4,30 | 158,07 | 679,70 | 6.244,67 |
| 1999 | 9,00 | 622,19 | 5.599,71 | 4,30 | 161,67 | 695,18 | 6.294,89 |
| 2000 | 9,00 | 639,25 | 5.753,25 | 4,30 | 163,57 | 703,35 | 6.456,60 |
| 2001 | 9,00 | 645,28 | 5.807,52 | 4,30 | 167,03 | 718,23 | 6.525,75 |
| 2002 | 9,00 | 654,18 | 5.887,62 | 4,30 | 169,12 | 727,22 | 6.614,84 |
| 2003 | 9,00 | 663,10 | 5.967,90 | 4,30 | 171,25 | 736,38 | 6.704,28 |
| | | | 50.626,08 | | | 6.239,39 | 56.865,47 |

Verschiedene Spesen und Steuern im Bereich U. a. B.

| Jahr | RP* € | Energie- kosten 12% RP € | Kl. Anschaffungen 5% VRP € | Verwalt./ Berat./Werb. 5% RP € | Steuern 15% von 0,25 RP € | Summe € |
|------|-----------|-----------------------------------|----------------------------------|---|---------------------------------|------------------|
| 1995 | 9.100,00 | 1.092,00 | 455 | 455 | 341,25 | 2.343,25 |
| 1996 | 9.546,00 | 1.145,52 | 477,3 | 477,3 | 357,98 | 2.458,10 |
| 1997 | 10.164,00 | 1.219,68 | 508,2 | 508,2 | 381,15 | 2.617,23 |
| 1998 | 9.796,00 | 1.175,52 | 489,8 | 489,8 | 367,35 | 2.522,47 |
| 1999 | 10.496,00 | 1.259,52 | 524,8 | 524,8 | 393,60 | 2.702,72 |
| 2000 | 9.460,00 | 1.135,20 | 473 | 473 | 354,75 | 2.435,95 |
| 2001 | 11.176,00 | 1.341,12 | 558,8 | 558,8 | 419,10 | 2.877,82 |
| 2002 | 11.960,00 | 1.435,20 | 598 | 598 | 448,50 | 3.079,70 |
| 2003 | 12.416,00 | 1.489,92 | 620,8 | 620,8 | 465,60 | 3.197,12 |
| | | 11.293,68 | 4.705,70 | 4.705,70 | 3.529,28 | 24.234,36 |

Die Betriebskosten, welche keinem Betriebszweig unmittelbar zugeordnet werden können, sind anteilmäßig berücksichtigt.

Verschiedene Spesen (VS) insgesamt

| Jahr | Obstbau € | Viehwirtschaft € | U. a. B.* € | Summe € |
|------|------------------|---------------------|------------------|-------------------|
| 1995 | 4.521,00 | 5.901,42 | 2.343,25 | 12.765,67 |
| 1996 | 4.578,78 | 6.005,96 | 2.458,10 | 13.042,84 |
| 1997 | 4.661,34 | 6.117,06 | 2.617,23 | 13.395,63 |
| 1998 | 4.795,05 | 6.244,67 | 2.522,47 | 13.562,19 |
| 1999 | 4.935,36 | 6.294,89 | 2.702,72 | 13.932,97 |
| 2000 | 4.973,67 | 6.456,60 | 2.435,95 | 13.866,22 |
| 2001 | 5.068,11 | 6.525,75 | 2.877,82 | 14.471,68 |
| 2002 | 5.605,25 | 6.614,84 | 3.079,70 | 15.299,79 |
| 2003 | 5.693,16 | 6.704,28 | 3.197,12 | 15.594,56 |
| | 44.831,72 | 56.865,47 | 24.234,36 | 125.931,55 |

* Im Falle der verschiedenen Spesen für die Tätigkeit des U. a. B. werden die Steuern mit eingerechnet

3.3.1.2.2.2. Löhne für manuelle Arbeit von Nicht - Familienmitgliedern im Obstbau (L_{N-F})

| Löhne im Obstbau | | | | |
|------------------|-----------|----------------|--------------|------------------|
| Jahr | Fläche Ha | Akh/Ha Stunden | Kosten/Akh € | Summe € |
| 1995 | 3,00 | 225,00 | 7,40 | 4.995,00 |
| 1996 | 3,00 | 225,00 | 7,50 | 5.062,50 |
| 1997 | 3,00 | 225,00 | 7,60 | 5.130,00 |
| 1998 | 3,00 | 225,00 | 7,65 | 5.163,75 |
| 1999 | 3,00 | 225,00 | 7,80 | 5.265,00 |
| 2000 | 3,00 | 225,00 | 7,80 | 5.265,00 |
| 2001 | 3,00 | 225,00 | 7,85 | 5.298,75 |
| 2002 | 3,30 | 210,00 | 7,90 | 5.474,70 |
| 2003 | 3,30 | 210,00 | 8,00 | 5.544,00 |
| | | | | 47.198,70 |

3.3.1.2.2.3. Steuern, Gebühren und Beiträge (ST)

| Jahr | RP € | Steuern, Gebühren, Beiträge 7,0% RP € |
|------|-----------|---------------------------------------|
| 1995 | 69.877,50 | 4.891,43 |
| 1996 | 62.133,57 | 4.349,35 |
| 1997 | 64.738,46 | 4.531,69 |
| 1998 | 63.896,95 | 4.472,79 |
| 1999 | 60.095,05 | 4.206,65 |
| 2000 | 65.053,60 | 4.553,75 |
| 2001 | 83.965,42 | 5.877,58 |
| 2002 | 84.503,20 | 5.915,22 |
| 2003 | 77.542,89 | 5.428,00 |
| | | 44.226,46 |

3.3.1.2.2.4. Quoten (Q)

Quoten des Grundkapitals

| Jahr | Abschreibungen | | Instandhaltungen | | Versicherungen | | Summe € |
|------|----------------|--------------------|------------------|--------------------|----------------|--------------------|------------------|
| | Wohng. € | Wirtschaftsg. € | Wohng. € | Wirtschaftsg. € | Wohng. € | Wirtschaftsg. € | |
| 1995 | 3.125,00 | 1.950,00 | 1.600,00 | 1.300,00 | 800,00 | 650,00 | 9.425,00 |
| 1996 | 3.125,00 | 1.950,00 | 1.600,00 | 1.300,00 | 800,00 | 650,00 | 9.425,00 |
| 1997 | 3.125,00 | 1.950,00 | 1.600,00 | 1.300,00 | 800,00 | 650,00 | 9.425,00 |
| 1998 | 3.125,00 | 1.950,00 | 1.600,00 | 1.300,00 | 800,00 | 650,00 | 9.425,00 |
| 1999 | 3.125,00 | 1.950,00 | 1.600,00 | 1.300,00 | 800,00 | 650,00 | 9.425,00 |
| 2000 | 3.125,00 | 1.950,00 | 1.600,00 | 1.300,00 | 800,00 | 650,00 | 9.425,00 |
| 2001 | 3.125,00 | 1.950,00 | 1.600,00 | 1.300,00 | 800,00 | 650,00 | 9.425,00 |
| 2002 | 3.125,00 | 1.950,00 | 1.600,00 | 1.300,00 | 800,00 | 650,00 | 9.425,00 |
| 2003 | 3.125,00 | 1.950,00 | 1.600,00 | 1.300,00 | 800,00 | 650,00 | 9.425,00 |
| | 28.125,00 | 17.550,00 | 14.400,00 | 11.700,00 | 7.200,00 | 5.850,00 | 84.825,00 |

Quoten des Betriebskapitals

| Jahr | Abschreibungen € | Instandhaltungen € | Versicherungen € | Summe € |
|------|---------------------|-----------------------|---------------------|------------------|
| 1995 | 4.226,17 | 3.680,00 | 397,50 | 8.303,67 |
| 1996 | 4.226,17 | 3.680,00 | 397,50 | 8.303,67 |
| 1997 | 4.226,17 | 3.680,00 | 397,50 | 8.303,67 |
| 1998 | 4.226,17 | 3.680,00 | 397,50 | 8.303,67 |
| 1999 | 4.226,17 | 3.680,00 | 397,50 | 8.303,67 |
| 2000 | 4.226,17 | 3.680,00 | 397,50 | 8.303,67 |
| 2001 | 4.226,17 | 3.680,00 | 397,50 | 8.303,67 |
| 2002 | 4.226,17 | 3.680,00 | 397,50 | 8.303,67 |
| 2003 | 4.226,17 | 3.680,00 | 397,50 | 8.303,67 |
| | 38.035,53 | 33.120,00 | 3.577,50 | 74.733,03 |

Summe der Quoten

| Jahr | Grundkapital € | Betriebskapital € | Summe € |
|------|-------------------|----------------------|-------------------|
| 1995 | 9.425,00 | 8.303,67 | 17.728,67 |
| 1996 | 9.425,00 | 8.303,67 | 17.728,67 |
| 1997 | 9.425,00 | 8.303,67 | 17.728,67 |
| 1998 | 9.425,00 | 8.303,67 | 17.728,67 |
| 1999 | 9.425,00 | 8.303,67 | 17.728,67 |
| 2000 | 9.425,00 | 8.303,67 | 17.728,67 |
| 2001 | 9.425,00 | 8.303,67 | 17.728,67 |
| 2002 | 9.425,00 | 8.303,67 | 17.728,67 |
| 2003 | 9.425,00 | 8.303,67 | 17.728,67 |
| | 84.825,00 | 74.733,03 | 159.558,03 |

3.3.1.2.2.5. Summe der Kosten der Jahre 1995 bis 2003

| Jahr | VS € | LN-F € | ST € | Q € | Summe € |
|------|-------------------|------------------|------------------|-------------------|-------------------|
| 1995 | 12.765,67 | 4.995,00 | 4.891,43 | 17.728,67 | 40.380,77 |
| 1996 | 13.042,84 | 5.062,50 | 4.349,35 | 17.728,67 | 40.183,36 |
| 1997 | 13.395,63 | 5.130,00 | 4.531,69 | 17.728,67 | 40.785,99 |
| 1998 | 13.562,19 | 5.163,75 | 4.472,79 | 17.728,67 | 40.927,40 |
| 1999 | 13.932,97 | 5.265,00 | 4.206,65 | 17.728,67 | 41.133,29 |
| 2000 | 13.866,22 | 5.265,00 | 4.553,75 | 17.728,67 | 41.413,64 |
| 2001 | 14.471,68 | 5.298,75 | 5.877,58 | 17.728,67 | 43.376,68 |
| 2002 | 15.299,79 | 5.474,70 | 5.915,22 | 17.728,67 | 44.418,38 |
| 2003 | 15.594,56 | 5.544,00 | 5.428,00 | 17.728,67 | 44.295,23 |
| | 125.931,55 | 47.198,70 | 44.226,46 | 159.558,03 | 376.914,74 |

3.3.1.2.3. Berechnung der Reinerträge der Jahre 1995 bis 2003

| Jahr | Roherträge € | Kosten € | Summe € |
|------|-----------------|-------------|-------------------|
| 1995 | 69.877,50 | 40.380,77 | 29.837,98 |
| 1996 | 62.133,57 | 40.183,36 | 22.308,19 |
| 1997 | 64.738,46 | 40.785,99 | 24.333,62 |
| 1998 | 63.896,95 | 40.927,40 | 23.336,90 |
| 1999 | 60.095,05 | 41.133,29 | 19.355,36 |
| 2000 | 65.053,60 | 41.413,64 | 23.994,71 |
| 2001 | 83.965,42 | 43.376,68 | 41.007,84 |
| 2002 | 84.503,20 | 44.418,38 | 40.533,32 |
| 2003 | 77.542,89 | 44.295,23 | 33.713,26 |
| | 631.806,64 | 376.914,74 | 254.891,90 |

3.3.2. Bewertung der Betriebszuwächse/Betriebsminderungen und der erworbenen/veräußerten Sachen

3.3.2.1. Bewertungskriterien und -methoden

Grundsätzlich finden die unter Punkt 2.2. angeführten Kriterien Anwendung. Dies bedeutet, dass im vorliegenden Fall für die Bewertung der *Betriebszuwächse* jene bzgl. des Grundkapitals des Familienunternehmens ermittelt werden müssen. Für die landwirtschaftlichen Flächen muss demnach der Marktwert sowohl am Ende als auch am Anfang bestimmt werden. Beim Anfangswert dieser Flächen muss die Geldentwertung berücksichtigt werden.

Für die Bewertung der Betriebszuwächse der Gebäude müssen von der eben genannten Differenz die aufgewerteten Abschreibungsquoten abgezogen werden.

Die Marktwerte wurden infolge von Marktuntersuchungen und mittels Vergleich mit ähnlichen Objekten ermittelt.

Bei beweglichen Gütern, die abgeschrieben werden (z. B. Landmaschinen), erübrigt sich die Ermittlung der Wertänderung, weil man davon ausgehen kann, dass die Summe aus aufgewertetem Anfangswert und aus den Abschreibungsquoten, dem Neuanschaffungspreis entspricht.

Die Ermittlung der Werte der landwirtschaftlichen Flächen zum Zeitpunkt der Auflösung des Familienunternehmens wird gemäß folgender Gleichung durchgeführt, wobei eine Abwertung von 20% ($k = 0,80$) auf Grund des Umstandes erfolgt, dass die Liegenschaften Bestandteile eines geschlossenen Hofes sind und somit die Verfügungsgewalt eingeschränkt ist:

$$M_{1-X} = E_{1-X} * a * k, \text{ wobei,}$$

$$E_{1-2003} = \text{Einheitsmarktwert der Flächen im Jahre 2003}$$

$$a = \text{Fläche}$$

$$k = 0,80$$

Bei der Ermittlung der Werte der Gebäude müssen jeweils Berichtigungen für die zwischenzeitlich eingetretene altersbedingte Wertminderung k_1 vorgenommen werden.

Zur Berücksichtigung der Geldentwertung wird der Anfangswertes mit dem Index von 1,25541 multipliziert.

Bei der Ermittlung des Wertes der *erworbenen Sache* – Obstwiese von 3.000 m² – werden dieselben Kriterien angewandt, wobei berücksichtigt werden muss, dass für den Ankauf dieses Grundstückes im Jahre 2001 die gehorteten Gewinne im Ausmaß von € 35.000,00 herangezogen wurden.

Für den restlichen Betrag im Ausmaß von € 100.000,00 wurde ein Darlehen für die Dauer von 10 Jahren aufgenommen, was einer jährlichen Tilgungsrate von € 12.329,00 entspricht.

3.3.2.2. Bewertungen

3.3.2.2.1. Ermittlung der Betriebszuwächse der landwirtschaftlichen Flächen

3.3.2.2.1.1. Ermittlung des Endwertes (Jahr 2003) der landwirtschaftlichen Flächen Ermittlung des Endwertes (Jahr 2003) der Obstbauflächen

$$M_{1-2003} = E_{1-2003} * a_1 * k =$$

$$= € 50,00/m^2 * 30.000 m^2 * 0,80 =$$

$$= € 1.200.000,00$$

Ermittlung des Endwertes (Jahr 2003) der Grünlandflächen

$$\begin{aligned} M_{2-2003} &= E_{2-2003} * a_2 * k = \\ &= € 18,00/m^2 * 43.000 m^2 * 0,80 = \\ &= € 619.200,00 \end{aligned}$$

3.3.2.2.1.2. Ermittlung des Endwertes (Jahr 2003) der Gebäude

Ermittlung des Endwertes (Jahr 2003) des Wohngebäudes

$$\begin{aligned} M_{3-2003} &= E_{3-2003} * a_3 * k * k_1 = \\ &= € 2.000,00/m^2 * (1.000 m^2/2,70 m) * 0,80 * 0,70 = \\ &= € 414.814,81 \end{aligned}$$

Ermittlung des Endwertes (Jahr 2003) der Wirtschaftsgebäudes

$$\begin{aligned} M_{4-2003} &= E_{4-2003} * V * k * k_1 = \\ &= € 250,00/m^2 * 1.300 m^2 * 0,80 * 0,60 = \\ &= € 156.000,00 \end{aligned}$$

3.3.2.2.1.3. Ermittlung des aufgewerteten Anfangswertes (Jahr 1995) der landwirtschaftlichen Flächen

Ermittlung des aufgewerteten Anfangswertes (Jahr 1995) der Obstbaulflächen

$$\begin{aligned} M_{1-1995} &= E_{1-1995} * a_1 * k * 1.25541 = \\ &= € 38,00/m^2 * 30.000 m^2 * 0,80 * 1.25541 = \\ &= € 1.144.933,92 \end{aligned}$$

Ermittlung des aufgewerteten Anfangswertes (Jahr 1995) der Grünlandflächen

$$\begin{aligned} M_{2-1995} &= E_{2-1995} * a_2 * 1.25541 = \\ &= € 14,00/m^2 * 43.000 m^2 * 0,80 * 1.25541 = \\ &= € 606.605,46 \end{aligned}$$

3.3.2.2.1.4. Ermittlung des aufgewerteten Anfangswertes (Jahr 1995) der Gebäude

Ermittlung des aufgewerteten Anfangswertes (Jahr 1995) des Wohngebäudes

$$\begin{aligned} M_{3-1995} &= E_{3-1995} * a_3 * k * k_1 * 1.25541 = \\ &= € 1.250,00/m^2 * (1.000 m^2/2,70 m) * 0,80 * 0,78 * 1.25541 = \\ &= € 362.674,00 \end{aligned}$$

Ermittlung des aufgewerteten Anfangswertes (Jahr 1995) der Wirtschaftsgebäudes

$$\begin{aligned}
 M_{4-1995} &= E_{4-1995} * V * k * k_1 * 1.25541 = \\
 &= € 155,00/m^2 * 1.300 m^2 * 0,80 * 0,68 * 1.25541 = \\
 &= € \mathbf{137.613,02}
 \end{aligned}$$

Ermittlung der aufgewerteten Abschreibungsquoten des Wohngebäudes

| Jahr | Abschreibungsquoten € | Aufwertungskoeffizient € | Aufgewertete Abschreibungsquote € |
|------|--------------------------|-----------------------------|---|
| 1995 | 3.125,00 | 1,21481 | 3.796,28 |
| 1996 | 3.125,00 | 1,16891 | 3.652,84 |
| 1997 | 3.125,00 | 1,15232 | 3.601,00 |
| 1998 | 3.125,00 | 1,13197 | 3.537,41 |
| 1999 | 3.125,00 | 1,11538 | 3.485,56 |
| 2000 | 3.125,00 | 1,08653 | 3.395,41 |
| 2001 | 3.125,00 | 1,05637 | 3.301,16 |
| 2002 | 3.125,00 | 1,03308 | 3.228,38 |
| 2003 | 3.125,00 | 1,00995 | 3.156,09 |
| | | | 31.154,13 |

Ermittlung der aufgewerteten Abschreibungsquoten des Wirtschaftsgebäudes

| Jahr | Abschreibungsquoten € | Aufwertungskoeffizient € | Aufgewertete Abschreibungsquote € |
|------|--------------------------|-----------------------------|---|
| 1995 | 1.950,00 | 1,21481 | 2.368,88 |
| 1996 | 1.950,00 | 1,16891 | 2.279,37 |
| 1997 | 1.950,00 | 1,15232 | 2.247,02 |
| 1998 | 1.950,00 | 1,13197 | 2.207,34 |
| 1999 | 1.950,00 | 1,11538 | 2.174,99 |
| 2000 | 1.950,00 | 1,08653 | 2.118,73 |
| 2001 | 1.950,00 | 1,05637 | 2.059,92 |
| 2002 | 1.950,00 | 1,03308 | 2.014,51 |
| 2003 | 1.950,00 | 1,00995 | 1.969,40 |
| | | | 19.440,17 |

3.3.2.2.2. Ermittlung der Betriebszuwächse

| Grundkapital | Endwert | Aufgewerteter Anfangswert | Aufgewertete Abschreibungsquoten € | Betriebszuwächse 1995-2003 € |
|--------------------|--------------|---------------------------|---------------------------------------|------------------------------------|
| Obstbauflächen | 1.200.000,00 | 1.144.933,92 | | 55.066,08 |
| Grünlandflächen | 619.200,00 | 606.605,46 | | 12.594,54 |
| Wohngebäude | 414.814,81 | 362.674,00 | 31.154,13 | 20.986,68 |
| Wirtschaftsgebäude | 156.000,00 | 137.613,02 | 19.440,17 | -1.053,19 |
| | | | | 87.594,11 |

3.3.2.2.3. Ermittlung des Wertes der erworbenen Sachen

Ermittlung des Endwertes (Jahr 2003) der erworbenen Obstbaufläche

$$\begin{aligned}
 M_{5-2003} &= E \cdot a \cdot k = \\
 &= € 50,00/m^2 \cdot 3.000 \text{ m}^2 \cdot 0,80 = \\
 &= \mathbf{€ 120.000,00}
 \end{aligned}$$

3.3.3. Bewertung des Geschäftswertes

3.3.3.1. Bewertungskriterien und -methoden

Grundsätzlich finden die unter Punkt 2.3. angeführten Kriterien Anwendung. Dies bedeutet, dass lediglich für die Tätigkeit des „Urlaub am Bauernhof“ der Geschäftswert ermittelt wird.

Im vorliegenden Fall erfolgt die Ermittlung des Geschäftswertes (GW) unter Anwendung folgender Gleichung:

$$GW = [RE - (r \cdot NV)] \cdot (q^n - 1) / (r \cdot q^n)$$

Um diese Gleichung lösen zu können, muss der Nettovermögenswert (NV) der Güter, welche für diese Tätigkeit zum Einsatz kommen, bekannt sein. Bestimmt werden müssen außerdem der mittlere bereinigte Reinertrag (RE) dieser Tätigkeit, der betriebs- und sektorspezifische Ertragssatz (r), sowie der Kapitalisierungszinssatzes des Mehrertrages (r).

Der Nettovermögenswert setzt sich aus dem Wert des Grund- und Betriebskapitals zusammen, welche für die Ausübung der Tätigkeit bestimmt sind.

Der Wert des Grundkapitals entspricht dem Wertanteil jenes Teils des Kostenwertes des Wohngebäudes ($\text{€ } 250,00/\text{m}^2 * 120 \text{ m}^2 * 2,70\text{m}$), welcher für die Tätigkeit des Urlaubs am Bauernhof bestimmt ist (siehe 3.2.2.). Der Vermögensbetrag für das Betriebskapital zur Ausübung der Tätigkeit des U. a. B. (Einrichtung, Wäsche, Geschirr usw.) wird pauschal mit $\text{€ } 12.000,00$ anberaumt und zum Vermögenswert des Gebäudeanteils hinzugerechnet. Demnach beträgt der Nettovermögenswert $\text{€ } 93.000,00$.

Um den mittleren bereinigten Reinertrag aus der Tätigkeit des Urlaubs am Bauernhof bestimmen zu können, muss das arithmetische Mittel aus den Reinerträgen der letzten drei Geschäftsjahre, also der Jahre 2003, 2002 und 2001, gebildet werden.

Dazu sind von den entsprechenden Roherträgen, so wie sie bereits ermittelt wurden, die entsprechenden verschiedenen Spesen, die Steuern und die Quoten abzuziehen.

Der betriebs- und sektorspezifische Ertragsatz wird mit $6,5\%$ ($=r'$) veranschlagt. Im Falle der landwirtschaftlichen Tätigkeit wird dieser Zinssatz gegenüber anderen Tätigkeitsbereichen geringfügig niedriger angesetzt, weil das Risiko, welches mit der Erzielung der Erträge verbunden ist, als geringer angesehen werden kann.

Der Kapitalisierungszinssatz des Mehrertrages beläuft sich auf $7,5\%$ ($=r$). Die für die Ermittlung des Geschäftswertes herangezogene Zeitdauer wird mit 6 Jahren ($=n$) bestimmt.

3.3.3.2. Berechnung des Geschäftswertes

3.3.3.2.1. Ermittlung der mittleren bereinigten Reinerträge (RE) aus der Tätigkeit des Urlaubs am Bauernhof

| Jahr | Roherträge € | VS € | St € | Q € | \sum RE € | \emptyset RE € |
|------|-----------------|----------|---------|----------|----------------|---------------------|
| 2001 | 11.176,00 | 2.458,72 | 419,1 | 1.790,10 | 6.508,08 | |
| 2002 | 11.960,00 | 2.631,20 | 448,5 | 1.790,10 | 7.090,20 | |
| 2003 | 12.416,00 | 2.731,52 | 465,6 | 1.790,10 | 7.428,78 | |
| | | | | | 21.027,06 | 7.009,02 |

3.3.3.2. Ermittlung des Geschäftswertes (GW) aus der Tätigkeit des Urlaubs am Bauernhof

$$\begin{aligned}
 \text{GW} &= [\text{RE} - (r \cdot \text{NV})] \cdot (q^n - 1) / (r \cdot q^n) \\
 &= [€ 7.009,02 - (0,065 \cdot € 93.000,00)] \cdot (1,075^6 - 1) / (0,065 \cdot 1,075^6) \\
 &= € 7.009,02 - € 6.045,00 \cdot 0,543301526 / 0,100314599 = \\
 &= € 5.221,10
 \end{aligned}$$

3.3.4. Ermittlung der Unterhaltskosten

3.3.4.1. Bewertungskriterien und -methoden

Die Berechnung der Unterhaltskosten für die beiden Familienmitglieder im Zeitraum des Bestehens des Familienunternehmens erfolgt unter Zuhilfenahme der statistischen Erhebungen des staatlichen Statistikinstituts ISTAT über die Ausgaben privater Haushalte, da entsprechende brauchbare Aufzeichnungen durch die Familie fehlen. Dieses statistische Datenmaterial wurde auf Grund der Befragung der Familienmitglieder an die tatsächliche Situation angepasst. In diesem Sinne wurde die Ermittlung der Unterhaltskosten für das Jahr 2003 vorgenommen und anschließend auf Grund der Änderung der Lebenshaltungskosten für die restlichen Jahre mit dem Programm PERCENTO (Il Sole 24 Ore) errechnet.

3.3.4.2. Bewertungen des Unterhaltes

| Jahr | Unterhaltskosten/Monat | Monate | Summe |
|------|------------------------|--------|------------------|
| 1995 | 826,41 | 12 | 9.916,92 |
| 1996 | 874,59 | 12 | 10.495,08 |
| 1997 | 887,93 | 12 | 10.655,16 |
| 1998 | 901,27 | 12 | 10.815,24 |
| 1999 | 920,45 | 12 | 11.045,40 |
| 2000 | 945,46 | 12 | 11.345,52 |
| 2001 | 967,14 | 12 | 11.605,68 |
| 2002 | 992,99 | 12 | 11.915,88 |
| 2003 | 1.015,50 | 12 | 12.186,00 |
| | 8.331,74 | | 99.980,88 |

3.3.5. Ermittlung der Verbindlichkeiten (V)

3.3.5.1. Bewertungskriterien und -methoden

Für den Ankauf der Obstanbaufläche von 3.000 m² im Jahre 2001 wurde ein Darlehen von € 100.000,00 aufgenommen mit einer Laufzeit von 10 Jahren, bei jährlichen Raten von € 12.329,00 (=a).

Bei Auflösung des Familienunternehmens sind von diesen Raten noch acht zu tilgen. Diese zukünftig fälligen Tilgungsraten müssen zum Zeitpunkt der Auflösung des Familienunternehmens abgezinst und vom Wert der erworbenen Sachen abgezogen werden, da die erworbene Obstanbaufläche dem Eigentümer des geschlossenen Hofes zufällt, der demnach auch für die Tilgung der verbliebenen Raten aufkommen muss.

Der Wert der Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der Auflösung des Familienunternehmens wird gemäß folgender Gleichung ermittelt:

$$V = a \cdot (q^n - 1) / (r \cdot q^n)$$

3.3.5.2. Berechnung des Wertes der Verbindlichkeiten

$$\begin{aligned} V &= a \cdot (q^n - 1) / (r \cdot q^n) = \\ &= € 12.329,00 \cdot (1,05^8 - 1) / (0,05 \cdot 1,05^8) \\ &= € 12.329,00 \cdot 0,477455444 / 0,07387272 \\ &= € 79.685,00 \end{aligned}$$

3.3.6. Berechnung des bei Auflösung des Familienunternehmens aufzuteilenden Betrages

3.3.6.1. Bewertungskriterien und -methoden

Für die Berechnung des bei Auflösung des Familienunternehmens aufzuteilenden Betrages unter den beiden Familienmitgliedern müssen folgende Beträge verrechnet werden:

- + die Summe der Gewinne
- + der Wert des Zugewinns
- + der Wert der erworbenen Sachen

- + der Geschäftswert
- die Unterhaltskosten
- die Verbindlichkeiten
- der Betrag, mit welchem die Obstwiese erworben wurde.

3.3.6.2. Berechnung des aufzuteilenden Betrages (B)

$$\begin{aligned}
 B &= € 254.891,90 + € 87.594,11 + € 120.000,00 + € 5.221,10 - \\
 &\quad € 99.980,88 - \\
 &\quad € 79.685,00 - € 35.000,00 = \\
 &= \mathbf{€ 253.041,23}
 \end{aligned}$$

3.3.6.3. Berechnung des den Familienmitgliedern zustehenden Betrages (B1 und B2)

Nachdem im vorliegenden Beispiel davon ausgegangen wurde, dass beide Ehepartner gleichermaßen zum Erfolg des Familienunternehmens beigetragen haben, wird ihnen jeweils die Hälfte des aufzuteilenden Gewinnes zugewiesen.

$$\begin{aligned}
 B1, B2 &= € 253.041,23 / 2 \\
 &= \mathbf{€ 126.520,61}
 \end{aligned}$$

*Für die Beteiligung am Familienunternehmen erhält B für die erwirtschafteten Gewinne, die Betriebszuwächse und die erworbenen Sachen, sowie für den Geschäftswert, abzüglich der Unterhaltskosten, demnach 126.520,61.
Das restliche Vermögen fällt A zu.*

4

Bewertung in Zusammenhang mit dem Ausscheiden eines Mitglieds aus dem Familienunternehmen im Bereich Fremdenverkehr

4.1 Art und Beschreibung des Familienunternehmens

4.2 Beschreibung des Hotelbetriebes

4.3 Bewertung

4.1. Art und Beschreibung des Familienunternehmens

Das Familienunternehmen beschäftigt sich mit der Führung eines Hotelbetriebes.

Am 25.05.1980 wurde zwischen den Ehepartnern A und B ein Familienunternehmen gegründet, zum Zwecke der Führung eines Hotelbetriebes.

Am 01.01.2002 tritt deren Tochter in das Familienunternehmen ein und ein Jahr später auch deren Sohn.

Am 31.12.2005 heiratet die Tochter, tritt somit aus dem Familienunternehmen aus und beansprucht die Erstattung des ihr zustehenden Anteils am Familienunternehmen.

Demzufolge gilt es die Ansprüche der Tochter für den Zeitraum **vom 01.01.2002 bis zum 31.12.2005** zu ermitteln.

4.2. Beschreibung des Hotelbetriebes

4.2.1. Grundkapital des Betriebes

Hotelgebäude

Auf der Bauparzelle Nr. 818/1, K. G. Wolkenstein wurde im Jahre 1979, in damals ortsüblicher Bauweise, ein Hotelgebäude errichtet. Es handelt sich dabei um das „HOTEL SONNE“, bestehend aus einem Baukörper, welcher sich aus vier oberirdischen und einem unterirdischen Stockwerk zusammensetzt. Das Gebäude wurde in den folgenden Jahren mehrmals umgebaut.

Das Hotel ist ein Beherbergungsbetrieb mit drei Sternen und besteht aus:

- 27 Zimmern mit insgesamt 47 Betten;
- Nebenräumen: Küche, Waschraum, Kühlzellen, Personalzimmern, Kellerräume, Büro, Fitnessräume, Saunas, Solarium, Skiraum, Bar, Speisesälen, Schwimmbad u. a. m.

Der Hotelbetrieb bietet einen Service der gehobenen Klasse und ist dementsprechend stil- und anspruchsvoll ausgestattet.

Die Familie wohnt außerhalb des Hotelgebäudes, in einem Privathaus, welches nicht als Teil des Familienunternehmens zu betrachten ist.

Trotz seines Alters, befindet sich das Gebäude in einem guten, gepflegten Zustand.

Die Instandhaltungsarbeiten wurden regelmäßig durchgeführt. Der Bau und die Ausstattung erfüllen alle Normen hinsichtlich des Brandschutzes.

Zur Bestimmung des Marktwertes des Hotelgebäudes zu den jeweiligen Bewer-

tungszeitpunkten am 01.01.2002 und am 31.12.2005 wurde das Ertragswertverfahren angewandt.

4.2.2. Betriebskapital des Hotelbetriebes

Zum Betriebskapital des Hotelunternehmens gehören:

- a) Einrichtungsgegenstände: dazu zählen die Einrichtungen der 27 Zimmer, die Einrichtung des Speisesaals und der Terrasse, die Möbel im Schwimmbad, die Küchenausstattung, Wasch- und Bügelmaschinen, die Einrichtung der Bar, die Geräte im Fitnessraum und im Skiraum, die Möbel und Büromaschinen in der Rezeption.
- b) Wäsche: Dazu gehören die Bettwäsche und Vorhänge der Zimmer, die Hand- und Badetücher, die Tischdecken und Servietten und die Berufsbekleidung.
- c) Geschirr: dazu werden die Teller, die Gläser, das Ess- und Trinkbesteck des Speisesaals und der Bar und das Kochgeschirr der Hotelküche gerechnet.
- d) Betriebsfahrzeug: Der Hotelbetrieb verfügt über einen Kleinbus der Marke Mercedes mit 9 Sitzplätzen zur Beförderung der Hotelgäste und zum Warentransport.

Die Werte der Betriebskapitalien des Familienunternehmens werden den Bilanzen entnommen und deshalb an dieser Stelle nicht eigens angeführt.

4.3. Bewertung

Im folgenden Beispiel wird der dem ausscheidendem Familienmitglied zustehende Betrag (B), bzgl. der erwirtschafteten Gewinne, der Betriebszuwächse, sowie des Geschäftswertes, abzüglich der Unterhaltskosten ermittelt.

Die für die Gewinnberechnungen verwendeten Beträge und Größen werden den jeweiligen Erfolgsbilanzen entnommen. Diese Bilanzen wurden analysiert und für plausibel anerkannt. Daraus folgt, dass es bei den Erfolgskonten keiner weiteren Annahmen und Korrekturen bedarf.

Für die Bewertung des Vermögens zur Ermittlung des Geschäftswertes werden die Werte aus der Vermögensbilanz entnommen.

Für die Bewertung des Vermögens zur Ermittlung der Betriebszuwächse werden die Beträge nicht aus der Vermögensbilanz entnommen, da man annehmen kann, dass diese Werte nicht den Marktwerten entsprechen, sondern das Resultat bilanztechnischer Überlegungen sind.

4.3.1. Bewertung des Gewinns

4.3.1.1. Bewertungskriterien und -methoden

Um den Unternehmensgewinn, im Sinne des Art. 230-bis des ZGB, der während des Bestehens des Familienunternehmens erwirtschaftet wird, ermitteln zu können, wird nach denselben Kriterien vorgegangen, wie sie unter Punkt 2.1. – Reinertrag angeführt sind.

Dabei werden vorerst die jeweiligen *Roherträge* aus den Verkäufen und Leistungen des Unternehmens den jährlichen Erfolgsrechnungen entnommen. Die Roherträge setzen sich aus den Erlösen aus den Nächtigungen und aus der Bewirtung der Hotelgäste zusammen sowie aus der Inanspruchnahme verschiedener Leistungen, wie Sauna, Fitnessraum usw.

Ebenso wie die Roherträge werden auch die *Kosten* den jährlichen Erfolgsrechnungen entnommen.

Die Kosten können in folgende Kategorien zusammengefasst werden:

- a) Personalkosten: Löhne, soziale Abgaben, Abfertigungen, Ruhestandsgelder
- b) Wareneinsatz: Lebensmittel und Getränke
- c) Energieeinsatz: Heizöl, Strom, Gas
- d) Sonstige Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe und Verbrauchsmaterialien
- e) Dienstleistungen: Beratungen
- f) Werbung
- g) Abschreibungen: Abschreibungen des Hotelgebäudes, Abschreibungen der Betriebsmittel
- h) Instandhaltungen

Die einzelnen jährlichen Reinerträge werden als Differenz zwischen den jeweiligen Rohertträgen und den jeweiligen Kosten errechnet.

Die jährlichen Gewinne werden summiert und weder aufgezinnt noch aufgewertet.

4.3.1.2. Bewertungen

4.3.1.2.1. Ermittlung der Roherträge und Kosten

Im Folgenden werden die Erfolgsrechnungen der einzelnen Jahre angeführt in denen die Tochter im Familienunternehmen mitgearbeitet hat.

Anhand dieser Erfolgsrechnungen lässt sich der Gewinn der jeweiligen Geschäftsjahre errechnen. Die jeweiligen Erfolgskonten werden in vereinfachter Form dargestellt, um allzu aufwendige Berechnungen zu vermeiden. Die verschiedenen Jahre sind in einer einzigen Tabelle zusammengefasst, um die Überschaubarkeit zu gewährleisten.

| | ERFOLGSRECHNUNG | | | |
|---|------------------|------------------|-------------------|-------------------|
| | Jahr | | | |
| | 2002 € | 2003 € | 2004 € | 2005 € |
| A. Betriebliche Gesamtleistung | | | | |
| 1. Erlöse aus Verkäufen und Leistungen | 559.589,00 | 612.734,00 | 629.457,00 | 671.786,00 |
| | | | | |
| | | | | |
| B. Kosten | | | | |
| | | | | |
| 1. Personalkosten | 114.715,75 | 124.997,74 | 126.520,86 | 136.372,56 |
| 2. Wareneinsatz | 50.363,01 | 56.371,53 | 59.798,42 | 62.476,10 |
| 3. Energieeinsatz | 55.539,21 | 60.813,85 | 62.473,61 | 66.674,76 |
| 4. Sonstige Roh - und Verbrauchsmaterialien | 17.906,85 | 12.254,68 | 11.959,68 | 14.107,51 |
| 5. Dienstleistungen | 16.787,67 | 19.607,49 | 21.401,54 | 20.153,58 |
| 6. Werbung | 23.502,74 | 25.122,09 | 25.178,28 | 27.543,23 |
| 7. Abschreibungen | 114.567,00 | 115.780,00 | 118.450,00 | 119.021,00 |
| 8. Instandhaltungen | 25.134,00 | 25.678,00 | 26.561,00 | 27.345,00 |
| | | | | |
| Betriebsergebnis (A-B) | 141.072,78 | 172.108,62 | 177.113,62 | 198.092,27 |
| | | | | |
| 9. Steuern | 60.347,00 | 73.236,00 | 75.784,00 | 85.490,00 |
| | | | | |
| Gewinn des Geschäftsjahres | 80.725,78 | 98.872,62 | 101.329,62 | 112.602,27 |

4.3.2. Bewertung der Betriebszuwächse/Betriebsminderungen und der erworbenen/veräußerten Sachen

4.3.2.1. Bewertungskriterien und -methoden

Grundsätzlich finden die unter Punkt 2.2. angeführten Kriterien Anwendung. Dies bedeutet, dass im vorliegenden Fall für die Bewertung der Betriebszuwächse jene bzgl. des Grundkapitals des Familienunternehmens ermittelt werden müssen.

Für das Hotelgebäude muss demnach der Marktwert sowohl am Ende als auch am Anfang bestimmt werden. Beim Anfangswert dieses Gebäudes muss die eingetretene Geldentwertung zwischen 01.01.2002 und 31.12.2005 berücksichtigt werden.

Für die Bewertung der Betriebszuwächse des Gebäudes müssen von der eben genannten Differenz die aufgewerteten Abschreibungsquoten abgezogen werden.

Die Marktwerte wurden mit dem Ertragswertverfahren ermittelt.

Ermittlungen haben ergeben, dass der Marktwert des Hotelgebäudes am 01.01.2002 € 3.500.000,00 und der Marktwert desselben Gebäudes am 31.12.2005 € 4.330.000,00 betrug.

Bei beweglichen Gütern, die abgeschrieben werden (z. B. Einrichtungsgegenstände, Wäsche u. s. w.), erübrigt sich die Ermittlung der Wertänderung, weil man davon ausgehen kann, dass die Summe aus aufgewertetem Anfangswert und aus den Abschreibungsquoten, dem Neuanschaffungspreis entspricht.

In dem für die Erhebung relevanten Zeitraum wurden keinerlei Sachen erworben, welche auf die Bewertung im Zusammenhang mit dem Familienunternehmen Einfluss nehmen.

4.3.2.2. Bewertungen

4.3.2.2.1. Ermittlung der Betriebszuwächse des Hotelgebäudes

Endwert (Jahr 2005) des Hotelgebäudes: € 4.330.000,00

Ermittlung des aufgewerteten Anfangswertes (Jahr 2002) des Hotelgebäudes:
$$€ 3.500.000,00 * 1,084120171 = € 3.794.420,60$$

Ermittlung der aufgewerteten Abschreibungsquoten des Hotelgebäudes

| Jahr | Abschreibungsquoten € | Aufwertungskoeffizient | Aufgewertete Abschreibungsquote € |
|------|--------------------------|------------------------|---|
| 2002 | 114.567,00 | 1,0604544 | 121.492,96 |
| 2003 | 115.780,00 | 1,0369458 | 120.057,59 |
| 2004 | 118.450,00 | 1,0193704 | 120.744,43 |
| 2005 | 119.021,00 | - | 119.021,00 |
| | | | 481.315,98 |

4.3.2.2.2. Ermittlung der Betriebszuwächse

| Grundkapital | Endwert € | Aufgewerteter Anfangswert € | Aufgewertete Abschreibungsquoten € | Betriebszuwächse 2002-2005 € |
|--------------|--------------|-----------------------------------|--|------------------------------------|
| Hotelgebäude | 4.330.000,00 | 3.794.420,60 | 481.315,98 | 54.263,42 |

4.3.3. Bewertung des Geschäftswertes

4.3.3.1. Bewertungskriterien und -methoden

Grundsätzlich finden die unter Punkt 2.3. angeführten Kriterien Anwendung. Im vorliegenden Fall erfolgt die Ermittlung des Geschäftswertes (GW) unter Anwendung folgender Gleichung:

$$GW = [RE - (r^*NV)] * (q^{n-1}) / (r^*q^n)$$

Um diese Gleichung lösen zu können, muss der Nettovermögenswert (NV) der Güter, welche für diese Tätigkeit zum Einsatz kommen, bekannt sein. Bestimmt werden müssen außerdem der mittlere bereinigte Reinertrag (RE) dieser Tätigkeit, der betriebs- und sektorspezifische Ertragssatz (r^*) sowie der Kapitalisierungszinssatz des Mehrertrages (r).

Der Nettovermögenswert setzt sich aus dem Wert des Grund- und Betriebskapitals zusammen, welche für die Ausübung der Tätigkeit bestimmt sind.

Der Nettovermögenswert wird anhand der Vermögensbilanz des letzten Jahres vor Ausstieg des Familienmitgliedes ermittelt.

Der Wert des Grundkapitals beträgt € 4.330.000,00. Das Betriebskapital zur Ausübung der Tätigkeit (Einrichtung, Wäsche, Geschirr usw.) wurde mittels einer Inventur erhoben und bewertet. Dabei wurde der Kostenneuwert entsprechend dem Alter der jeweiligen Güter abgewertet. Der daraus resultierende Marktwert wird mit € 561.000,00 anberaumt und zum Vermögenswert des Gebäudeanteils hinzugerechnet.

Demnach beträgt der Nettovermögenswert **€ 4.891.000,00**.

Um den mittleren bereinigten Reinertrag aus der Hotelbewirtschaftung bestimmen zu können, muss das arithmetische Mittel aus den Reinerträgen der letzten drei Geschäftsjahre, also der Jahre 2003, 2004 und 2005, gebildet werden. Diese werden den entsprechenden Erfolgsrechnungen entnommen. Der betriebs- und sektorspezifische Ertragsatz wird mit 6,5% (=r) veranschlagt.

Der Kapitalisierungszinssatz des Mehrertrages beläuft sich auf 7,5% (=r). Die für die Ermittlung des Geschäftswertes herangezogene Zeitdauer wird mit 6 Jahren (=n) bestimmt.

4.3.3.2. Berechnung des Geschäftswertes

4.3.3.2.1. Ermittlung der mittleren bereinigten Reinerträge (RE) aus der Hotelbewirtschaftung

Der mittlere bereinigte Reinertrag wird ermittelt indem den drei Reinerträgen vom Anfang zum Ende hin eine zunehmende Gewichtung beigemessen wird, weil davon ausgegangen wird, dass die letztthin erzielten Erträge die Einnahmen verlässlicher widerspiegeln.

| Jahr | ∑ Reinerträge € | Gewichtung | Ø REINERTRAG € |
|------|--------------------|------------|-------------------|
| 2003 | 98.872,62 | 0,15 | 14.830,89 |
| 2004 | 101.329,62 | 0,35 | 35.465,37 |
| 2005 | 112.602,27 | 0,50 | 56.301,14 |
| | 312.804,51 | | 106.597,40 |

Vermögensbilanz 2005

| Vermögensbilanz 2005 | Beträge |
|---|---------------------|
| Aktiva | |
| A. Anlagevermögen | |
| Grundstücke und Bauten | 3.093.456,00 |
| Maschinen und Anlagen | 126.350,00 |
| Betriebsausstattung | 220.000,00 |
| Fuhrpark | 32.500,0 |
| Immaterielle Vermögenswerte | - |
| Gesamtbetrag des Anlagevermögens | 3.472.306,00 |
| B. Umlaufvermögen | |
| Warenlager | 22.456,32 |
| Forderungen gegenüber Kunden | 234,00 |
| Forderungen aus Steuern und Abgaben | 16.631,00 |
| Bankguthaben | 3.468,00 |
| Kassenbestand | 781,55 |
| Gesamtbetrag des Umlaufvermögens | 43.570,87 |
| Summe Aktiva | 3.515.876,87 |
| Passiva | |
| A. Rückstellungen für Risiken und Aufwendungen | |
| Rückstellungen für Steuern | 54.689,89 |
| Rückstellungen für Pensionen | 35.478,92 |
| B. Abfertigungen für Arbeitnehmer | 98.235,45 |
| C. Verbindlichkeiten | |
| Verbindlichkeiten gegenüber Banken | 1.781.976,56 |
| Erhaltene Anzahlungen | 3.567,98 |
| Verbindlichkeiten gegenüber Lieferanten | 28.967,00 |
| Verbindlichkeiten gegenüber Sozialversicherungen | 12.456,12 |
| Summe Passiva | 2.015.371,92 |
| Reinvermögen | 1.500.504,95 |

4.3.3.2.2. Ermittlung des Geschäftswertes (GW) aus der Bewirtschaftung des Hotels

$$\begin{aligned}
 \text{GW} &= [\text{RE} - (r^* \text{NV})] * (q^n - 1) / (r * q^n) \\
 &= [€ 106.597,40 - (0,065 * € 1.500.504,95)] * (1,075^6 - 1) / (0,065 * 1,075^6) \\
 &= (€ 106.597,40 - € 97.532,82) * 0,543301526 / 0,100314599 = \\
 &= \mathbf{€ 49.093,54}
 \end{aligned}$$

4.3.4. Ermittlung der Unterhaltskosten

4.3.4.1. Bewertungskriterien und -methoden

Die Berechnung der Unterhaltskosten für die vier Familienmitglieder im Zeitraum des Bestehens des Familienunternehmens erfolgt unter Zuhilfenahme der statistischen Erhebungen des staatlichen Statistikinstituts ISTAT über die Ausgaben privater Haushalte, da entsprechende brauchbare Aufzeichnungen durch die Familie fehlen. Dieses statistische Datenmaterial wurde auf Grund der Befragung der Familienmitglieder an die tatsächliche Situation angepasst. Dazu muss bemerkt werden, dass die Familie größtenteils im Hotelbetrieb gespeist hat und die damit zusammenhängenden Kosten in der globalen Kostenberechnung schon berücksichtigt sind. Nicht berechnet wurden in diesem Zusammenhang die Wohnkosten, weil sie sich auf das Privathaus erstrecken und mit privaten Geldern und nicht mit jenen des Familienbetriebes bestritten wurden. Dem gegenüber lebte die Familie auf einem mittleren bis gehobenen Standard, sodass die Kosten für Bekleidung, Freizeit usw. sich vom statistischen Mittel abheben. Die monatlichen Kosten für die Bestreitung des Unterhalts werden für das Jahr 2005 somit mit € 3.500,00 anberaunt. Ausgehend von diesem Betrag wurde auf Grund der Änderungen der Lebenshaltungskosten der Unterhalt für die restlichen Jahre mit dem Programm PERCENTO (Il Sole 24 Ore) errechnet.

4.3.4.2. Bewertungen des Unterhaltes

| Jahr | Unterhaltskosten/Monat | Monate | Summe |
|------|------------------------|--------|-------------------|
| 2002 | 2.408,69 | 12 | 28.904,28 |
| 2003 | 2.463,29 | 12 | 29.559,48 |
| 2004 | 2.505,76 | 12 | 30.069,12 |
| 2005 | 2.554,30 | 12 | 30.651,60 |
| | | | 119.184,48 |

4.3.5. Berechnung des Anteils für das ausscheidende Mitglied aus dem Familienunternehmen

4.3.5.1. Bewertungskriterien und -methoden

Für die Berechnung des bei Ausscheiden des Mitgliedes aus dem Familienunternehmen aufzuteilenden Betrages unter den Familienmitgliedern müssen folgende Beträge verrechnet werden:

- + die Summe der Gewinne
- + der Wert des Zugewinns
- + der Geschäftswert
- die Unterhaltskosten

4.3.5.2. Berechnung des aufzuteilenden Betrages (B)

Nachdem im vorliegenden Beispiel davon ausgegangen wurde, dass alle vier Familienmitglieder gleichermaßen zum Erfolg des Familienunternehmens beigetragen haben, wird ihnen jeweils ein Viertel des aufzuteilenden Betrages zugewiesen.

$$\begin{aligned} B &= (\text{€ } 393.530,29 + \text{€ } 54.263,42 + \text{€ } 49.093,54 - \text{€ } 119.184,48) = \\ &= \text{€ } 377.702,77/4 = \\ &= \text{€ } 94.425,69 \end{aligned}$$

*Die Tochter erhält als Entgelt für die Mitarbeit im Familienbetrieb vom 01.01.2002 bis zum 31.12.2005 demnach € 94.425,69
Das restliche Vermögen bleibt im Familienunternehmen.*

Teil I

- ASTAT* Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Haushalte in Südtirol 2003-2004. Heft Nr. 117, herausgegeben in Zusammenarbeit mit dem Arbeitsförderungsinstitut AFI
- BALESTRA L.:* Prime osservazioni sul patto di famiglia. NGCC, II, 2006
- BELLANTUONO D.:* Kommentar. In „Il Foro it.“, 2004, I, S. 546 ff.
- CINELLI M.:* Diritto della previdenza sociale. Giappichelli, 2005
- COSTATO L.:* Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario. Cedam, 1994
- FINOCCHIARO M.:* L'azienda coniugale, l'impresa familiare e la partecipazione dei coniugi a società. Incontri di studio CSM, Frascati 25-27 gennaio 2001
- FERRANDO G.:* L'impresa familiare. Fachtagung „Familie und Arbeit“, Bozen 10.6.2006
- FERRARI G. E G.:* La normativa sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Giuffrè, 1991
- GATTA C.:* Le prestazioni dei lavoratori agricoli: principi generali e specificità, aspetti problematici. Incontri di studio CSM, Roma 11-12 novembre 2002
- IRTI N.:* Manuale di diritto agrario italiano. Utet, 1978
- „IL SOLE – 24 ORE“, o.V.:* Ausgabe vom 5.9.2006
- MACCARAONE-MARTUSCELLI:* Impresa familiare, azienda coniugale, partecipazione di coniugi a società. In „Fatto & diritto“, collana diretta da Paolo Cendon, Giuffrè, 2005
- MONACO G.:* Spunti giuslavoristici in tema di impresa familiare. GI, I, S. 2062 u.ff.
- OPPO G.:* Kommentierung zu Art. 89 nov. In „Commentario al diritto italiano della famiglia“ a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, Cedam, 1992
Famiglia e impresa. In „scritti giuridici, Persone e famiglia“, Cedam, 1992
- PALMERI G.:* Regime patrimoniale della famiglia, Tomo II, Art. 230-bis. In „Commentario codice civile Scialoja-Branca“ a cura di Galgano F., Zanichelli, 2004
- PAPALEONI M.:* Kommentierung zu Art. 230bis. In „Commentario breve alle leggi sul lavoro“ a cura di Grandi e Pera, Cedam, 2001
- SANDULLI P.:* Il processo del lavoro. Giuffrè, 2000

- SBB PATRONAT EPACA:* Arbeitsmappe 2006
- TRANQUILLO T.:* Nozioni di diritto della previdenza sociale. Kluwer IPSOA, 1995
- VERGA :* Le comunioni tacite familiari. Padua 1930

Teil II

- BASSANI, C.:* Cessione di azienda e conferimento in società. Pirola, 1999
- CARRARO-MODA, G.:* Estimo tecnico giuridico sociale. Edizioni di legislazioni tecnica, 1997
- CRISTOFORI, G.:* Perizie di stima. Il Sole 24 Ore, maggio 2004
- CURATOLO, PALLADINO:* Solo stime. Dei - Tipografia del genio civile, 2004
- DAFFUNCHIO, C.:* La valutazione d'azienda. Pirola, 1992
- ERNST, SCHNEIDER, THIELEN:* Unternehmensbewertungen erstellen und verstehen. VAHLEN, 2003
- GEKLE, L. :* Leitfaden zur Lösung landwirtschaftlicher Bewertungsprobleme. HLBS, 2002
- GRILLENZONI, I. GRITTANI M:* Estimo, teoria, procedure di valutazione e casi applicativi. Edagricole, 1990
- ISTITUTO STATISTICO NAZIONALE:* Annuario n. 11. I consumi delle famiglie 2006 Edagricole, 1990
- KLEIBER, SIMON, WEYERS :* Verkehrswertermittlung von Grundstücken. Bundesanzeiger, 1998
- KÖHNE, M. :* Landwirtschaftliche Taxationslehre. Parey, 2000
- LANG, THOMANN, HAFNER:* Kosten und Erlöse im Südtiroler Apfel- und Weinanbau. Südtiroler Beratungsring 2004
- HALACINCZINKY, TESS:* Grundbesitzbewertung für Erbfall und Schenkung. Bundesanzeiger, 2004
- FISCHER, LORENZ, BIEDERBECK, ASTL:* Verkehrswertermittlung von bebauten und unbebauten Grundstücken. Bundesanzeiger 2004
- LECHNER, J.:* Allgemeine Buchhaltung für Wirtschaftsschulen. Raetia, 2003
- MANTHEY, R. HALBIG, W.:* Bewertung im landwirtschaftlichen Rechnungswesen HLBS, 2002

- MICHEL, I.:* Estimo in quesiti. Calderini, 1994
- MICHEL, I.:* Trattato di estimo. Edagricole, 1998
- OREFICI, M.:* Estimo industriale. Calderini, 1979
- PELLATI, RINALDI:* Casi svolti di valutazione d'azienda. Il Sole 24 Ore, 2003
- PILTZ, D.:* Bewertung landwirtschaftlicher Betriebe bei Erbfall, Schenkung und Scheidung. Pflug und Feder GmbH, 1999
- POLELLI, M.:* Nuovo trattato di estimo. Maggioli Editore, 2006
- PREDEN, R. PREDEN, A.*
- PAPI, V.:* Percento. Il Sole 24 Ore, 2005
- REALFONSO, A.:* Teoria e metodo dell'estimo urbano. La Nuova Italia Scientifica, 1994
- RENOLDI, A.:* La valutazione dei beni immateriali. Egea, 1992
- ROSENBAUM, O.:* Fachwörterbuch für Grundstücksermittler. Luchterhand, 2003
- SIPALA, G.:* Strategie di valutazione d'azienda. Giuffrè, 1999-2004
- SOMMER, KÖLL:* Lehrbuch zur Grundstückswertermittlung. Luchterhand, 2005
- TUROLA, G.:* Manuale di estimo immobiliare. Il Sole 24 Ore, Pirola, 1997

Gli autori

Peter Michaeler è giudice del lavoro e della previdenza sociale presso il tribunale di Bolzano.

Josef Ludwig Rungger svolge la professione di agronomo libero professionista ed è giudice onorario della sezione specializzata nelle controversie agrarie presso il tribunale di Bolzano.

Werner Hintner è direttore dell'ufficio per la proprietà coltivatrice presso la provincia autonoma di Bolzano e segretario della commissione provinciale per i masi chiusi.

MANCA LA TRADUZIONE IN TEDESCO

Gedruckt
in Monat März 2007
da Almaca - Trento

Herausgeber: Südtiroler Sparkasse AG