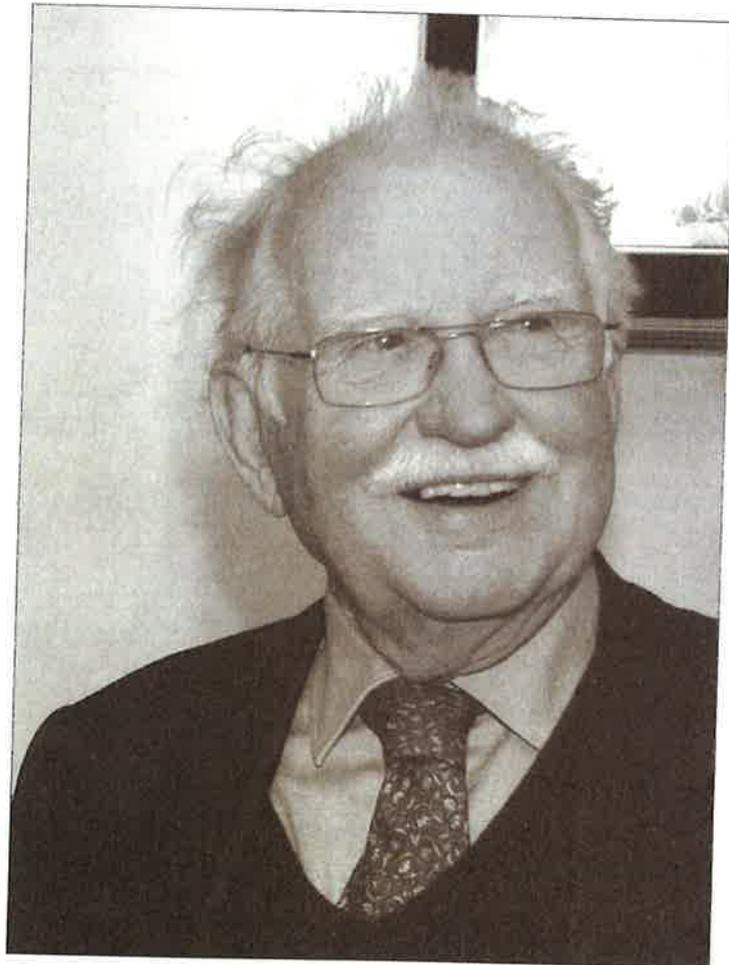


# Privatstiftung und Umgründungen

Gedenkschrift  
für  
Franz Helbich

# **Privatstiftung und Umgründungen**

Gedenkschrift für Franz Helbich



# **Privatstiftung und Umgründungen**

**Gedenkschrift  
für  
Franz Helbich**

herausgegeben von

**Dr. Elisabeth König**

**Dr. Eberhard Wallentin**

**Prof. Dr. Werner Wiesner**



**LexisNexis®**

## In Erinnerung an Rechtsanwalt em. Hon.-Prof. Dr. Franz Helbich

Am 27. 6. 2012 verstarb *Dr. Franz Helbich*, Honorarprofessor der Wirtschaftsuniversität Wien und emeritierter Rechtsanwalt, nach kurzer Krankheit im 88. Lebensjahr. Sein Tod hinterlässt nicht nur in seinem Familien- und Freundeskreis, sondern auch im Rechtsleben eine große Lücke.

*Franz Helbich* wurde am 27. 9. 1924 in Linz geboren und wuchs in Sarmingstein an der Grenze zwischen Ober- und Niederösterreich auf, wo seine Eltern mehrere Steinbrüche betrieben. Nach der Volksschule in der Nachbargemeinde St. Nikola besuchte er von 1934 bis 1938 das öffentliche Stiftsgymnasium der Benediktiner in Seitenstetten und maturierte 1942 in Baden bei Wien. Anschließend leistete er bis 1945 den obligatorischen Kriegsdienst. Verwundet geriet er in sowjetische Kriegsgefangenschaft, doch gelang ihm bereits nach einigen wenigen Tagen die Flucht aus dem Kriegsgefangenenlager bei Zwettl. Nach dem Krieg studierte *Franz Helbich* Rechtswissenschaften an der Universität Wien und promovierte 1949. Während der Gerichtspraxis arbeitete er ua als provisorischer Finanzkommissär in den Finanzsenaten des VwGH; seine erste berufliche Tätigkeit sollte prägend für sein gesamtes weiteres Berufsleben bleiben. Nach dem Gerichtsjahr arbeitete *Franz Helbich* als Rechtsanwaltsanwärter bei Wiener Rechtsanwälten, vor allem auf dem Gebiet des Steuerrechts, und legte 1951 die Rechtsanwaltsprüfung ab. In dieser Zeit verfasste *Franz Helbich* in der Wochenzeitschrift „Die Furche“ seinen ersten steuerrechtlichen Artikel über Scheingewinne, der vom damaligen Generalsekretär der Vereinigung Österreichischer Industrieller *Dr. Franz Fetzer* gelesen wurde. *Dr. Franz Fetzer* lud darauf hin *Franz Helbich* zur Mitarbeit bei der Vereinigung Österreichischer Industrieller ein, für die er 25 Jahre von Dezember 1951 bis Dezember 1976 arbeitete. 1961 wurde er zum Leiter der Abteilung für Steuer- und Finanzpolitik bestellt, im Februar 1971 zum leitenden Sekretär und von September 1974 bis Dezember 1976 übte er die Funktion des Generalsekretärs der Vereinigung Österreichischer Industrieller aus.

Aus persönlichen Gründen trennte sich *Franz Helbich* im Dezember 1976 von der Vereinigung Österreichischer Industrieller und kehrte wieder in seinen erlernten Beruf eines Rechtsanwalts zurück. Seine wissenschaftlichen Arbeiten zum Umgründungssteuerrecht und seine reichen Erfahrungen im täglichen Umgang mit industriellen Unternehmern schufen ideale Voraussetzungen für die erfolgreiche Ausübung des Berufs eines Wirtschaftsanwalts; in sehr kurzer Zeit wurde *Franz Helbich* zu einem im In- und Ausland gesuchten Berater in wirtschaftsrechtlichen Fragen mit dem Schwerpunkt Umgründungsrecht. Nicht nur die Unternehmer selbst, sondern auch Steuerberater und Rechtsanwälte, die mit den meist sehr komplexen Fragestellungen des Umgründungsrechts nicht so sehr vertraut waren, wandten sich an *Franz Helbich* und suchten seinen Rat.

Die Arbeit von *Franz Helbich* als Rechtsanwalt war durch sein großes Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge geprägt; seine persönlichen Eigenschaften wie Fleiß, analytisches Denken, vorausschauendes Planungsvermögen, das für einen Kautelarjuristen unverzichtbar ist, seine ausgeprägte Kontaktfähigkeit und eine Besonnenheit und Ruhe ausstrahlende Persönlichkeit waren freilich ebenso notwendig für seinen beruflichen Erfolg.

Es überrascht daher nicht, dass *Franz Helbich* wegen seiner rechtlichen Kenntnisse und seines wirtschaftlichen Weitblicks überdurchschnittlich oft in Aufsichts- und Beiräte berufen wurde. Viele Jahre war er Mitglied des Aufsichts- bzw Beirats von bedeutenden Unternehmen wie Billa, Colonia Versicherung, Bankhaus Winter, Stadlbauer Baustoffe, Rauch Fruchtsäfte und Getzner Textil.

Bereits während seiner Tätigkeit für die Vereinigung Österreichischer Industrieller trat *Franz Helbich* als Autor von Fachaufsätzen und Beiträgen hervor, kommentierte ab 1964 regelmäßig die Rsp der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts in Abgabensachen in der Zeitschrift „Die Industrie“ und beschäftigte sich intensiv mit steuerrechtlichen Fragen und finanzpolitischen Themen (zB: Die Mobilität des Kapitals und das Steuerrecht, ÖStZ 1968, 106; Einwirkungen der Steuerpolitik auf eine wachsende Wirtschaft, Wirtschaftspolitische Blätter 4/5/1968).

In seine Zeit bei der Vereinigung Österreichischer Industrieller fällt die Gesetzgebung des Strukturverbesserungsgesetzes (StruktVG), dessen Entstehung untrennbar mit dem Namen *Franz Helbich* verbunden ist. Durch seine fachliche Beschäftigung mit dem Unternehmenssteuerrecht und seine berufliche Arbeit für die Industrie erkannte er das Bedürfnis nach einem Gesetz, das weitestgehend abgabenneutrale Veränderungen der Unternehmensformen ermöglicht, um auf die Dynamik der Wirtschaft reagieren zu können. Vor allem den Bemühungen von *Franz Helbich* ist es zu verdanken, dass am 23. 1. 1969 das Bundesgesetz über steuerliche Maßnahmen zur Verbesserung der Wirtschaftsstruktur (Strukturverbesserungsgesetz), BGBl 1969/69, beschlossen wurde. Das wirtschaftspolitische Ziel des StruktVG, die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit durch Verbesserung der Struktur der Unternehmungen im Wege der Konzentration, wo notwendig aber auch im Wege der Dezentralisation, und die weitgehende Abgabenneutralität dieser Struktur Anpassungen wurde voll erreicht, sodass das zunächst auf zwei Jahre befristete StruktVG immer wieder verlängert und letztlich zum Dauerrecht wurde, wie dies von *Franz Helbich* schon Anfang 1970 (!) gefordert wurde.

Das StruktVG hat sich also rasch bewährt. Allein von Juni 1969 bis Juni 1974 sind aus den im amtlichen Teil der „Wiener Zeitung“ ersichtlichen handelsrechtlichen Vorgängen 1.852 Umgründungen bekannt (davon entfielen rund 67 % auf Einbringungen in Kapitalgesellschaften nach Art III, je rund 15 % auf Verschmelzungen und Umwandlungen, der Rest auf Zusammenschlüsse).

Nicht nur am Zustandekommen, auch an der Fortentwicklung des StruktVG hatte *Franz Helbich* ebenso maßgebenden Anteil. Nicht wenige Regelungen des derzeit geltenden Umgründungssteuergesetzes (UmgrStG), BGBl 1991/699, das gegenüber dem in vier Artikel gegliederten StruktVG um Art V (Realteilung) und Art VI (Spaltung) erweitert wurde, gehen auf Anregungen von *Franz Helbich* zurück.

Zusätzlich zur Entstehung des StruktVG hat sich *Franz Helbich* große Verdienste für die Praxis durch die Verfassung des Bandes I in der von *Univ.-Prof. Dr. Gerold Stoll* herausgegebenen Schriftenreihe zum österreichischen Abgabenrecht mit dem Titel „Umgründungen auf der Grundlage des Strukturverbesserungsgesetzes“ erworben. *Franz Helbich* verfasste nicht nur einen steuerrechtlichen Kommentar zu dem damals zeitlich begrenzten StruktVG, sondern legte eine beeindruckende Gesamtdarstellung vor. Auf der Grundlage von gesellschafts- und handelsrechtlichen Ausführungen behandelte er parallel ausführlich die steuerlichen Fragen iZm Umgründungen mit dem Schwergewicht der vielfältigen Problematik der Gewinnverwirklichung als zentralem Phänomen des Bilanzsteuerrechts.

Die im September 1969 erschienene erste Auflage war bereits nach kurzer Zeit vergriffen, sodass bereits 1970 die zweite, unveränderte Auflage dieses Werks veröffentlicht wurde. Das Umgründungsrecht wurde zunehmend komplexer und vielschichtiger, sodass 1975 unter Mitarbeit von RA *Dr. Franz Eckert* sein Werk in dritter, erweiterter Auflage erschien. Nach den beiden Ergänzungskommentierungen „Neuerungen im Strukturverbesserungsrecht“ (1982 und 1984) folgten 1990 die vierte, nochmals stark erweiterte Auflage und 1993 die gemeinsam mit Ministerialrat *Dr. Werner Wiesner* verfasste fünfte Auflage des Kommentars; diese Auflage bezog sich nicht mehr auf das StruktVG, sondern bereits auf das neue UmgrStG.

Seit 2002 erscheint der von *Franz Helbich* begründete Standardkommentar zum Umgründungsrecht als „Handbuch der Umgründungen“, das er bis zuletzt gemeinsam mit Ministerialrat *Dr. Werner Wiesner* und Wirtschaftsprüfer *Prof. Dr. Karl Bruckner* in vier Bänden herausgab und um dessen Aktualisierung er unermüdlich besorgt war. Die Verfasser dieses Nachrufs betrachten es als große Ehre, an diesem Werk mitarbeiten zu dürfen.

Die zu seinem 65. Geburtstag erschienene, von *Univ.-Prof. Dr. Karl Vodrazka* unter dem Titel „Strukturverbesserung – Praxis und Recht“ herausgegebene Festschrift und die 1993 von der Wirtschaftsuniversität Wien verliehene Lehrbefugnis aus Finanzrecht mit dem Recht zur Führung des Titels Honorarprofessor, für dessen Zuerkennung die Habilitationsvorschriften sinngemäß angewendet werden, sind sichtbare Würdigungen seiner besonderen wissenschaftlichen Leistungen auf dem Gebiet des Umgründungssteuerrechts.

Neben dem Umgründungsrecht hat sich *Franz Helbich* intensiv mit Fragen der Unternehmensnachfolge als weiterem Arbeitsschwerpunkt auseinandergesetzt. 1984 hielt er einen Vortrag an der Wirtschaftsuniversität Wien zum Thema Unternehmensnachfolge, in dem er das Fehlen eines Stiftungsrechts als sinnvolle Ergänzung des Unternehmensnachfolgerechts bedauerte. Er nutzte seine vielen Kontakte zu Interessenvertretungen und politischen Meinungsbildern, um mit Nachdruck ein modernes zivil- und steuerrechtliches Stiftungsrecht einzufordern. Nach zuletzt massiven Forderungen der Vereinigung Österreichischer Industrieller und der Wirtschaftskammer wurde 1993 das Privatstiftungsgesetz (PSG), BGBl 1993/694, beschlossen und ist mit 1. 9. 1993 in Kraft getreten. Ohne die maßgebenden Impulse von *Franz Helbich* wäre dies kaum denkbar gewesen.

Auch das PSG kann als Erfolg bezeichnet werden; derzeit bestehen rund 3.300 nach dem PSG errichtete Privatstiftungen in Österreich.

Nach seiner Emeritierung als Rechtsanwalt im Jänner 1994 blieb *Franz Helbich* der Rechtsanwaltskanzlei Kunz Schima Wallentin, deren Partner *Mag. Dr. Eberhard Wallentin* gemeinsam mit *Franz Helbich* von 1987 bis 1993 eine Rechtsanwaltsgemeinschaft geführt hatte, freundschaftlich verbunden und bereicherte durch seine Kenntnisse und großen Erfahrungen stets die juristische Diskussion. Bis zuletzt war *Franz Helbich* im Büro anzutreffen und war willkommener Gast der Veranstaltungen der Rechtsanwaltskanzlei Kunz Schima Wallentin. Viele wertvolle Anregungen und Hinweise aus dieser Zeit gehen auf ihn zurück. Noch Ende Oktober 2011 nahm er mit großem Engagement am 4. Liechtensteinischen Stiftungsrechtstag in Vaduz teil. Das Abendessen davor endete weit nach Mitternacht und nicht ohne reichlich guten Wein. Am Schluss waren alle müde, außer *Franz Helbich*, der noch zu philosophischen Erörterungen ansetzte. Das hinderte ihn nicht, am nächsten Morgen fit für die Veranstaltung zu sein. Die lebhaften Unterredungen, die er dabei vor allem mit jungen Teilnehmern (zB mit Assistenten von Herrn *Professor Francesco Schurr*) pflegte, veranlassten seine Gesprächspartner zu der Feststellung, *Professor Helbich* sei ein „Phänomen“.

Schon daraus wird deutlich, dass es viel zu kurz gegriffen wäre, *Franz Helbich* (nur) als Persönlichkeit des Rechtslebens zu verstehen. *Franz Helbich* antwortete einmal auf die Frage, was er an die nächste Generation weitergeben wolle, dass es nicht nur notwendig sei, Qualitätsarbeit zu leisten, wenn man sich weiterentwickeln möchte, sondern dass es seiner Meinung nach auch wichtig sei, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Sachwissen und charakterlicher Orientierung, die auch mit einer philosophischen bzw religiösen Weltanschauung zu tun habe, zu pflegen, und dass neben Sachwissen auch Bildung und die Beschäftigung mit der Kunst wesentlich seien.

Diesem von ihm formulierten Vorbild hat *Franz Helbich* exakt entsprochen.

Es gab nahezu kein Gebiet, auf dem man sich mit *Franz Helbich* nicht unterhalten konnte: über Geschichte ebenso wie über Philosophie, über Musik und bildende Kunst, über Politik und Literatur. Besonders zeichnete *Franz Helbich* aus, dass sein reges Interesse und seine Neugierde bis zuletzt ungebrochen waren. Aktuellen Erkenntnissen und künftigen Entwicklungen galt sein Interesse dabei deutlich mehr als Ereignissen der Vergangenheit. Mit unvoreingenommener Offenheit und großem Verständnis suchte er die Nähe zu jungen Leuten, die er oft tatkräftig unterstützte, ermunterte und förderte.

Ein besonderes Interesse von *Franz Helbich* galt der bildenden Kunst. Sein Geschmack war dabei sehr breit gestreut. Er konnte sich an alten Meistern erfreuen; seine besondere Leidenschaft richtete sich freilich schon sehr früh auf die zeitgenössische Kunst und die Abstraktion – lange bevor diese allgemeine Akzeptanz in Gesellschaft und Politik erlangte. Mit Msgr. *Otto Mauer* verband *Franz Helbich* eine beiderseits befruchtende Freundschaft. Endlos konnte man mit *Franz Helbich* über Kunst diskutieren und jedes neue Bild, das in unseren Kanzleiräumlichkeiten aufgehängt wurde, machte *Franz Helbich* zum Gegenstand eines Gespräches. Seine wache Neugierde half ihm dabei, nichts kategorisch abzulehnen, mit dem er sich nicht vorher befasst hatte. Ein solch vorurteilsfreier Blick auf die Kunst wäre vielen weit Jüngeren zu wünschen.

Große Freude bereitete *Franz Helbich* außerdem sein Wirken im Männergesangsverein. Konzerte, an denen er mitwirkte, beschränkten sich nicht auf Wien. Im Bus ging man vielmehr auf „Tournée“ – auch in andere Länder. Seine Reiselust war auch sonst bis fast zuletzt ungebrochen. Rom, Schottland, Piemont, Istanbul, ja sogar Indien (teilweise im Zelt!) waren Ziele aus den letzten Jahren vor seinem Ableben.

Trotz seiner beruflichen Anforderungen und seiner vielfältigen persönlichen Neigungen fand *Franz Helbich* dennoch Zeit für seine Familie. Er war ein liebevoller und fürsorglicher Vater seiner fünf Kinder und immer für seine Familie da, wenn sie ihn brauchte. Als seine älteste Tochter Elisabeth 2000 schwer erkrankte, fuhr er zu ihr in ihre neue Heimat Mexiko, um ihr in den letzten Wochen des Kampfes gegen ihre heimtückische Krankheit beizustehen.

Als (Mit-)Erfinder des StruktVG und des PSG wird *Franz Helbich* unvergessen bleiben.

Jene, die ihm persönlich begegneten, werden *Franz Helbich* als scharfsinnigen Juristen und als Persönlichkeit mit hoher Bildung, großem Einfühlungsvermögen und als stets aufgeschlossenen und dennoch traditionellen Werten verbundenen Menschen in Erinnerung behalten.

*Eberhard Wallentin / Georg Schima*

# Inhaltsverzeichnis

Nachruf .....	V
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren .....	XXI
<b>A. Allgemeines .....</b>	<b>1</b>
<b>Die Überlegungen der OECD zur Aufnahme einer Missbrauchsvorschrift in Doppelbesteuerungsabkommen (Michael Lang) .....</b>	<b>3</b>
I. Die Missbrauchsvorschrift als Teil der BEPS-Initiative .....	3
II. Der Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Vorschrift .....	6
III. „Main Purpose“ .....	9
IV. „Object and Purpose“ .....	12
V. Rechtsfolgen .....	14
VI. Zusammenfassende Würdigung .....	17
<b>Umsatzsteuer und Übertragungen von Sachvermögen (Gottfried Schellmann) .....</b>	<b>19</b>
I. Einleitung .....	19
II. Rechtsentwicklung .....	20
A. Gesellschaftsrecht .....	20
B. Umsatzsteuerrecht .....	21
1. Die Entwicklung der Geschäftsveräußerung im Ganzen im Umsatzsteuerrecht .....	21
2. Die Übertragung von Sachen und Gesamtsachen als Einlage in Gesellschaften und ihre Behandlung im Umsatzsteuerrecht .....	22
3. Die Entwicklung der Gesamtrechtsnachfolge und ihre Folgen auf Umgründungen im Umsatzsteuerrecht .....	23
C. Die unionsrechtlichen Vorschriften und ihr Umfang bei Umgründungen .....	25
1. Die Ausübung des Wahlrechts nach Art 19 MwStSystRL .....	25
2. Umfang des Begriffs „Gesamtvermögen und Teilvermögen“ .....	26
D. Die Einlagen in eine Gesellschaft, die Aufgabe der Entgeltlichkeitsanforderung .....	27
E. Zusammenfassung .....	27
<b>B. Privatstiftung .....</b>	<b>29</b>
<b>Die Entlastung des Stiftungsvorstandes (Robert Briem) .....</b>	<b>31</b>
I. Einleitung .....	31
II. Der bisherige Meinungsstand .....	32
A. Österreich .....	32
B. Liechtenstein .....	34
C. Schweiz .....	35
D. Deutschland .....	35
III. Stellungnahme .....	36
A. Zur Funktion der Entlastung .....	36
B. Zur Rechtsnatur der Entlastung .....	37
C. Zur Entlastung des Stiftungsvorstandes .....	38
1. Grundsätzliches .....	38
2. Zur Entlastung berufene Stelle .....	41

3. Einzelfragen .....	42
IV. Ergebnis .....	44
<b>Einflussmöglichkeiten der Begünstigten von Privatstiftungen (Günter Cerha) .....</b>	<b>45</b>
I. Historische Entwicklung des Privatstiftungsgesetzes .....	45
A. Ruf nach Schaffung eines modernen Stiftungsrechts in Österreich .....	45
B. Gesetzwerdungsprozess .....	46
II. Konzept, System und Charakter der Privatstiftung .....	47
A. Leitende Grundsätze des Privatstiftungsrechts .....	47
B. Stifterwille .....	47
C. Vermögensschutz .....	48
III. Begünstigtenstellung .....	49
A. Abgrenzung zum Stiftungsvorstand .....	49
B. Einflussmöglichkeiten der Begünstigten .....	49
C. Beirat: Historische Entwicklung .....	50
D. Aufsichtsrat: Historische Entwicklung .....	50
IV. Aufsichtsrat – Beirat .....	51
A. Aufsichtsrat – gesetzliche Regelungen .....	51
B. Der „aufsichtsratsähnliche Beirat“ .....	52
C. Zusammensetzung eines (aufsichtsratsähnlichen) Beirates .....	52
D. Unvereinbarkeitsregeln .....	53
V. Änderung des Privatstiftungsgesetzes (Budgetbegleitgesetz 2011) .....	53
VI. OGH 9. 9. 2013, 6 Ob 139/13d .....	54
VII. Zusammenfassung .....	56
<b>Stimmrecht des (ver-)kaufswilligen Aktionärs bei der Abstimmung in der Hauptversammlung über die Aufhebung der Vinkulierung (Peter Csoklich) .....</b>	<b>57</b>
I. Stimmverbot für Aktionäre im Aktienrecht .....	59
II. Stimmbeschränkung bei Abstimmung über Vinkulierung? .....	60
III. Gleichbehandlungs- und Treuepflicht von Aktionären bei Abstimmung über die Zustimmung zur Veräußerung? .....	61
IV. Minderheitenschutz durch erhöhtes Beschlussquorum und/oder Syndikatsvertrag .....	64
V. Zusammenfassung .....	65
<b>Besteuerung von intransparenten und transparenten liechtensteinischen Stiftungen nach dem Steuerabkommen Österreich – Liechtenstein ab 2014 (Eduard Lechner/ Christoph Rédei/Christian Stangl) .....</b>	<b>67</b>
I. Einleitung .....	68
II. Kriterien für die steuerliche Intransparenz von liechtensteinischen Stiftungen .....	69
III. Besteuerung von FL-Stiftungen nach liechtensteinischem Steuerrecht .....	73
IV. Österreichische Steuerfolgen im Zusammenhang mit intransparenten FL-Stiftungen ab 1. 1. 2014 .....	74
A. Österreichische Steuerpflichten für Zuwendungen von in Österreich ansässigen Stiftern und anderen Zuwendenden an eine intransparente FL-Stiftung .....	74
1. Vorbemerkung .....	74
2. Anonyme Entrichtung der Eingangssteuer durch die FL-Treuhänderzahlstelle .....	74
3. Nicht anonyme Entrichtung der Stiftungseingangssteuer .....	76

B.	Österreichische Steuerpflichten für Zuwendungen einer intransparenten FL-Stiftung an einen in Österreich ansässigen Begünstigten .....	76
1.	Vorbemerkung .....	76
2.	Anonyme Entrichtung der Zuwendungssteuer durch die FL-Treuhänderzahlstelle .....	77
3.	Nicht anonyme Entrichtung der Einkommensteuer für Zuwendungen einer intransparenten FL-Stiftung durch den in Österreich ansässigen Begünstigten .....	78
4.	Österreichische Steuerpflichten von intransparenten FL-Stiftungen .....	79
V.	Österreichische Steuerfolgen im Zusammenhang mit transparenten FL-Stiftungen ab 1. 1. 2014 .....	80
A.	Vorbemerkung .....	80
B.	Anonyme Entrichtung der Einkommensteuer für über transparente FL-Stiftungen bezogene Kapitalerträge durch FL-Zahlstellen .....	82
1.	Transparente FL-Stiftungen ohne Beteiligung an einer Sitzgesellschaft .....	82
2.	Transparente FL-Stiftungen mit qualifizierten Beteiligungen an Sitzgesellschaften .....	85
C.	Nicht anonyme Entrichtung der Einkommensteuer von über transparente FL-Stiftungen bezogene Einkünfte .....	86

**Zur (Un-)Pfändbarkeit von Begünstigtenansprüchen. Reichweite und Grenzen statutarischer und gesetzlicher Bestimmungen nach liechtensteinischem und österreichischem Recht (Bernhard Motal/Eberhard Wallentin) .....**

I.	Einleitung .....	90
II.	Die Begünstigten einer Stiftung, einer Anstalt oder eines Treuunternehmens .....	91
III.	Die Pfändbarkeit von Ansprüchen der Begünstigten .....	92
A.	Liechtenstein .....	92
B.	Österreich .....	94
IV.	Gesetzliche Vollstreckungsprivilegien .....	95
A.	Liechtenstein .....	95
B.	Österreich .....	101
V.	Statutarische Regelungen .....	101
A.	Unpfändbarkeit von Begünstigungen und Beendigung der Begünstigung im Insolvenzfall .....	101
1.	Die Grenze der Sittenwidrigkeit .....	101
2.	Insolvenzrechtliche Grenzen .....	104
B.	Die Enterbung in guter Absicht .....	106
VI.	Verfassungsrechtliche Grenzen von Vollstreckungsprivilegien .....	108
VII.	Schluss .....	110

**Substiftungen und ihre Probleme (Christian Nowotny) .....**

I.	Zum Begriff „Substiftung“ .....	112
II.	Motive für „Substiftungen“ .....	112
III.	Inhalt der Stiftungserklärung .....	113
IV.	Zur Ausstattung von Substiftungen und Alternativen .....	115
V.	Substiftungen im Ausland .....	118
VI.	Resümee .....	119

<b>Die Pflichtenbindung des Vorstandes einer Unternehmensträgerstiftung</b> ( <i>Georg Schima/Valerie Toscani</i> ) .....	121
I. Allgemeine Pflichten des Stiftungsvorstands .....	122
II. Spezifische Pflichten in Unternehmensträgerstiftungen .....	123
A. Grenzen der Konzern- bzw Unternehmensleitungspflicht .....	125
B. Eignung von Vorstandsmitgliedern .....	126
C. Interessenkonflikte und Insichgeschäfte .....	127
III. Gestaltungsmöglichkeiten der Pflichtenbindung des Vorstandes .....	129
A. Richtlinien der Geschäftsführung .....	129
B. Weisungsbindung und Zustimmungsvorbehalte .....	131
1. Weisungen .....	131
2. Zustimmungsrechte .....	133
3. Befugnisse von Begünstigten-Beiräten in der Stiftung oder in Beteiligungsunternehmen .....	136
a) Zusammensetzung eines Begünstigten-Beirates in der Stiftung .....	136
b) Begünstigten-Beirat in Beteiligungsunternehmen .....	138
4. Folgen des Verstoßes gegen Weisungen oder Zustimmungsvorbehalte .....	138
5. Änderungsrecht oder -pflicht des Stiftungsvorstands nach § 33 Abs 2, 2. Satz PSG? .....	139
 <b>Die Übertragung von Stiftungsvermögen durch Umgründungen</b> ( <i>Claus Staringer</i> ) .....	 141
I. Einleitung und Themenstellung .....	142
II. Ausgangslage bzw Sachverhalt .....	143
III. Sozietäre Genussrechte als Gegenleistung für eine Einbringung nach Art III UmgrStG .....	144
IV. Verlust der Stimmrechte kein Anwendungshindernis des UmgrStG .....	146
V. Keine Äquivalenzverletzung und keine Stiftungszuwendung .....	146
VI. Zurechnung der Gegenleistung an die einbringende Privatstiftung .....	148
VII. Resümee .....	149
 <b>Franz Helbich und die Privatstiftung</b> ( <i>Hellwig Torggler</i> ) .....	 151
I. Initialzündung zur Schaffung eines modernen Stiftungsrechts .....	152
A. Der Vortrag am 37. WT-Kongress .....	152
B. Ergänzende Überlegungen zur Notwendigkeit einer neuen Stiftungsform .....	153
C. Das Symposium „Die Stiftung als Unternehmer“ .....	154
II. Zur Konzeption und den möglichen Zwecken der Privatstiftung .....	154
A. Die „Grundkonzeption“ des Privatstiftungsgesetzes .....	154
B. Kontrolle durch Begünstigte? .....	155
C. Zu den Zwecken von Privatstiftungen .....	155
III. Franz Helbich als Interpret des PSG .....	157
A. Zum Gesetzeszweck .....	157
B. Die Privatstiftung als Vorkehrung gegen Kapitalabflüsse .....	158
C. Warnungen vor Fehlentwicklungen .....	159
D. Zum „aufsichtsratsähnlichen Beirat“ .....	159
IV. Zusammenfassende Würdigung .....	161

<b>Die Substiftungsgründung – Ertragsteuerkonzept versus „Ausschüttungsthese“</b> (Klaus Wiedermann) .....	163
I. Einleitung und Problemstellung .....	163
II. Sonderregeln für Substiftungen im SchenkMG 2008 .....	163
III. Das Ertragsteuerkonzept der Substiftungsgründung .....	164
IV. Die Übertragung des Evidenzkontos auf die Substiftung .....	166
V. Der Wertansatz bei der übernehmenden Substiftung .....	167
VI. Interne Rechnungskreise als Alternative? .....	168
VII. Resümee .....	169
<b>C. Umgründungen</b> .....	171
<b>Verbesserungen im UmgrStG – Vorschläge des Fachsenats für Steuerrecht der KWT</b> (Klaus Hirschler/Gottfried Sulz/Hans Zöchling) .....	173
I. Inhaltliche Anregungen .....	175
A. Zu Art I UmgrStG .....	175
§ 1 Abs 2 – Wegzugsbesteuerung .....	175
§ 3 – Option bei internationaler Schachtelbeteiligung .....	175
§ 4 – Verluste und gruppenbezogene Betrachtungsweise .....	175
§ 5 – Ansatz von erstmalig steuerhängig werdenden Anteilen .....	176
§ 5 Abs 1 Z 5 – Ausgabe eigener Anteile .....	176
§ 6 Abs 6 – Grunderwerbsteuer .....	176
B. Zu Art II UmgrStG .....	177
§ 9 Abs 6 – Kürzung des Gewinnkapitals um Beträge aus dem Aufwertungswahlrecht .....	177
§ 9 Abs 6 – Gewinnkapital und grenzüberschreitende Umwandlungen .....	178
C. Zu Art III UmgrStG .....	178
§ 12 Abs 2 – Teilbetriebe im Art III UmgrStG .....	178
§ 16 Abs 5 – Einbringung von Mitunternehmeranteilen durch Körperschaften .....	179
§ 16 Abs 1 und 2, § 17 und § 20 – Bewertung .....	180
§ 18 bzw § 20 – Doppelte Steuerhängigkeit bei Einbringung von Kapital- anteilen? .....	180
§ 19 Abs 2 Z 2 UmgrStG – Die Gewährung von neuen Anteilen kann unterbleiben .....	181
§ 20 Abs 4 Z 3 – Angleichung Einbringung – Spaltung .....	182
§ 20 Abs 7 – Internationale Schachtelbeteiligung .....	182
§ 22 – Gebühren und Verkehrsteuern .....	183
D. Zu Art VI UmgrStG .....	183
§ 32 – Grenzüberschreitende Spaltung .....	183
E. Zu den Ergänzenden Vorschriften .....	183
§ 39 – Ausdehnung des Umgründungsplans auf Gegenleistungsanteile .....	183
F. Das Wichtigste .....	184
II. Anregungen zu Formalvorschriften in Art III und VI UmgrStG .....	184
A. Erleichterungen bei der Meldung beim Finanzamt .....	184
B. Erleichterungen bei den Voraussetzungen .....	184
III. Anregungen hinsichtlich textlicher Verbesserungen .....	185
A. Zu Art I UmgrStG .....	185
§ 4 Z 1 lit a, lit b und lit c .....	185

B. Zu Art II UmgrStG .....	185
§ 7 Abs 2 .....	185
§ 8 Abs 1 .....	185
§ 8 Abs 2 .....	185
§ 9 Abs 6 .....	186
§ 10 Z 3 .....	186
C. Zu Art III UmgrStG .....	186
§ 13 Abs 1 letzter Satz .....	186
§ 15, 2. Satz .....	186
§ 16 Abs 6 .....	186
§ 20 Abs 4 Z 1 .....	187
§ 20 Abs 6 .....	187
§ 38 Abs 4 – Äquivalenzverletzung bei Spaltung zur Aufnahme .....	187
IV. Abschließende Betrachtung .....	187

**Verlustvortrag bei Verschmelzungen in- und außerhalb von Unternehmensgruppen  
– Zugleich eine steuersystematische und rechtspolitische Kritik der  
Antiverlustverwertungs-Gesetzgebung – (Hanns F. Hügel) .....**

I. Einleitung .....	190
II. Ratio legis des Verlustabzugs .....	191
III. Kernelemente der steuergesetzlich verpönten Verlustverwertung .....	192
A. Vorpositivistische Betrachtung: mögliche Regelungselemente .....	192
1. Argumente gegen die Diskriminierung der Verlustverwertung .....	192
2. Erstes Kernelement: Verlustübertragung in die Sphäre anderer Rechtsträger .....	193
3. Zweites Kernelement: Wegfall, Reduktion oder Änderung des Vermögens der Verlust-Körperschaft .....	194
4. Rechtsfolgen: Verlustuntergang, verweigerter Verlustübergang .....	195
5. Unwiderlegliche Vermutung einer Verlustverwertungs-Transaktion kraft Anknüpfung an Surrogatmerkmale .....	196
B. Rechtsnachfolge in Steuerrechtspositionen gemäß § 19 Abs 1 BAO .....	196
1. Verlustübergang bei todesbedingter Gesamtrechtsnachfolge .....	197
2. Kontinuität bei Umgründungen ohne Buchwertfortführung .....	199
C. Analyse der geltenden Antiverlustverwertungs-Regelungen .....	203
1. Mantelkaufatbestand (§ 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG) .....	203
2. Einschränkung des Verlustabzuges bei Umgründungen nach § 4 Z 1 UmgrStG .....	204
3. Fazit: Zusammenführung von Verlusten mit Gewinnpotential aus Aktivitäten anderer Rechtsträger als Kern der gesetzlich verpönten Verlustverwertung .....	205
4. Ein Seitenblick auf das Unionsrecht .....	206
IV. Kritik der Lex lata und Reformvorschläge .....	208
A. Verschmelzungen außerhalb von Unternehmensgruppen .....	208
1. Verlustwegfall bei der übernehmenden Körperschaft (§ 4 Z 1 lit b UmgrStG) .....	208
2. Verluste der übertragenden Körperschaft (§ 4 Z 1 lit a UmgrStG) .....	211
B. Verschmelzungen unter Beteiligung von Gruppengesellschaften .....	212
1. Gruppenbezogene Betrachtungsweise des Objektbezugs .....	212
2. Gruppeninterne Verschmelzung .....	213

3.	Verschmelzung mit einer gruppenexternen Körperschaft .....	216
C.	Vorgeschlagene Gesetzesänderungen .....	217
V.	Rechtspolitische Einwände gegen die Antiverlustverwertungs-Gesetzgebung .....	217
VI.	Ergebnisse .....	220

### **Umgründungssteuerrechtliche Gestaltungsoptionen für den Unternehmenserwerb**

	<i>(Walter Platzer/Werner Leiter)</i> .....	223
I.	Einleitung .....	224
II.	Problemstellung .....	225
III.	Transaktionsstruktur und -preis .....	225
IV.	Vorbereitende Maßnahmen .....	226
A.	Grundsätzliches .....	226
B.	Definition des Transaktionsgegenstandes .....	226
1.	Aus der Sicht des Erwerbers .....	226
a)	Vollständige Gewinnausschüttung .....	226
b)	Reduktion des Transaktionswertes durch Umgründung .....	227
2.	Aus der Sicht des Veräußerers .....	229
C.	Aufspaltung des Erwerbsvorgangs .....	229
D.	Gestaltungsmisbrauch .....	231
V.	Gestaltungen anlässlich der Transaktion .....	232
A.	Umgründung und Earn-Out-Klauseln .....	232
1.	Problemstellung .....	232
2.	Gesetzliche Grundlagen und Verwaltungsmeinung .....	232
3.	Earn-Out-Klauseln im Lichte des VwGH-Erkenntnisses vom 29. 04. 2010, 2006/15/0269 .....	234
a)	Grundsätzliche Erörterung .....	234
b)	Zeitpunkt der Leistung der Gegenleistungsanteile .....	235
c)	Gestaltungshinweis für die Praxis .....	239
d)	Zusammenfassung .....	240
B.	Umgründung und Gewinnausschüttung .....	241
1.	Dividendenvorbehalt .....	241
a)	Im Körperschaftsteuerrecht .....	241
b)	Im Umgründungssteuerrecht .....	242
2.	Alineare Gewinnausschüttung .....	243
VI.	Gestaltungen nach der Transaktion .....	244
A.	Problemstellung .....	244
B.	Verschmelzung mit der Zielgesellschaft .....	245
C.	Umwandlung der Zielgesellschaft in eine Personengesellschaft .....	245
VII.	Ergebnis .....	246

### **Earn-Out-Klauseln bei Einbringungen (Klaus Rabel)** .....

I.	Einleitung .....	247
II.	Earn-Out-Klauseln aus betriebswirtschaftlicher Sicht .....	248
A.	Grundlagen .....	248
B.	Überwindung von Preisdifferenzen .....	249
C.	Abmilderung der Informationsasymmetrie .....	250
D.	Finanzierungsfunktion .....	251
III.	Earn-Out-Klauseln bei Einbringungen .....	251

IV.	Earn-Out-Klauseln im Lichte des Art III UmgrStG .....	252
	A. Meinungsstand .....	252
	B. Zur Vereinbarkeit mit § 19 UmgrStG .....	254
	C. Earn-Out-Klauseln und Stichtagsprinzip bei Umgründungen .....	256
	D. Earn-Out-Klauseln und Wertäquivalenz gemäß § 22 Abs 1 UmgrStG .....	259
V.	Ergebnis .....	262
<b>Entrümpelung von Formalismen und anderen Hindernissen im Umgründungssteuerrecht</b> ( <i>Werner Wiesner/Walter Schwarzingler</i> ) .....		265
I.	Regelungsbreite des Umgründungssteuergesetzes .....	266
	A. Systemgesetz oder Case-law-Recht .....	266
	1. Die Schaffung des Umgründungssteuergesetzes .....	266
	2. Materielles und formelles Recht .....	266
	B. Ausgewählte Einzelregelungen am Prüfstand .....	267
	1. Anwendungsvoraussetzungen .....	267
	a) Zugrunde liegende Bilanzen .....	267
	b) Nachweisprobleme beim positiven Verkehrswert .....	268
	2. Berufsrechtliche Vorschriften .....	270
	3. Zurechnungserfordernisse .....	270
	4. Steuerliche Umwandlungsvoraussetzungen .....	271
	5. Verlustvortragsübergang in Bezug auf Umfangsminderung bzw Vergleichbarkeit .....	272
	6. Überschießender Formalismus bei einbringungsveranlassten Altanteilsabtretungen .....	274
II.	Abschließende Beurteilung .....	275
<b>Die Wissensarbeit am Beispiel der Realteilung</b> ( <i>Wolfgang Steinmaurer</i> ) .....		277
I.	Einleitung .....	278
II.	Unterscheidung Daten, Informationen, Wissen .....	279
	A. Daten .....	279
	B. Informationen .....	279
	C. Wissen .....	280
III.	Wissenstreppe (von North) .....	280
IV.	Wissensarbeiter .....	281
V.	Bewirtschaftung des Wissens .....	282
	A. Wissensidentifikation .....	283
	B. Wissenserwerb .....	283
	C. Wissensentwicklung .....	283
	D. Wissens(ver)teilung .....	284
	E. Wissensbewahrung .....	284
	F. Wissensbewertung .....	284
VI.	Anforderungen an die Erstellung eines Wikis aus der Sicht des Wissensmanagements .....	284
	A. Klarer und übersichtlicher Auftritt .....	285
	B. Magazin .....	285
	C. Thema anregen .....	285
	D. Diskussionsforum .....	285
	E. Newsletter .....	286

F.	Vorteile .....	286
G.	Schwerpunktt Themen .....	286
H.	Seminare .....	286
I.	Bearbeitungshilfen .....	286
J.	Freie Inhalte .....	286
K.	Spielregeln .....	287
L.	Datenschutz .....	287
VII.	Technische Anforderungen an ein Wiki .....	287
A.	Anlegen eines neuen Artikels .....	287
B.	Artikel speichern .....	287
C.	Suchbegriffe und -funktionen .....	287
D.	Textformatierungen .....	288
E.	Inhaltsverzeichnis .....	288
F.	Einfügungen .....	288
G.	Verlinkungen .....	288
VIII.	Der Einsatz eines Wikis zur Verrichtung von Wissensarbeit zwischen Steuerberatern .....	288
A.	Umgang mit Fachwissen .....	288
B.	Achtsamkeit .....	288
C.	Kleine Welt .....	288
D.	Kooperationen .....	289
E.	Kanzleiübergreifende Zusammenarbeit .....	289
F.	Benutzerrechtssystem .....	289
IX.	Hypertexte .....	289
X.	Wtwiki – Die Internetplattform für Steuerberater .....	289
A.	Minimalprinzip .....	290
B.	Maximalprinzip .....	290
C.	Neue Art der Vermittlung von Informationen .....	290
D.	Arbeitsunterlagen .....	290
E.	Lernunterlagen .....	291
F.	Filme .....	291
G.	Nicht verrechenbare Stunden .....	291
H.	Dynamik .....	291
I.	Steuerrechtsdurchsetzung .....	292
J.	Informationsflut .....	292
K.	Zeit ist kostbar .....	293
L.	Erfahrungen schneller machen .....	293
M.	Unterlagen für Klienten .....	293
N.	Mehr Spaß an der Arbeit .....	294
O.	Selbstwertgefühl und Anerkennung .....	294
P.	Zusammengehörigkeit .....	294
XI.	Wtwiki und die Realteilung .....	295
A.	Die Startseite der wtwiki-Realteilung (der rote Faden durch die Realteilung) .....	295
B.	Die Verlinkung mit detaillierten Informationen .....	295
C.	Die optische aufbereitete Darstellung der Umgründungssteuerrichtlinien .....	296
D.	Der Foliensatz zur Realteilung .....	297
E.	Checklisten zur Realteilung .....	297

<b>Ausschüttungsfiktionen im UmgrStG – eine kritische Würdigung</b> <i>(Eugen Strimitzer)</i> .....	299
Vorwort .....	300
I. Einleitung .....	300
II. Die Ausschüttungsfiktionen im Einzelnen .....	301
A. Die Ausschüttungsfiktion des § 9 Abs 6 UmgrStG bei Umwandlungen .....	301
1. Zur Rechtsentwicklung .....	301
2. Die Ausschüttungsfiktion gemäß § 9 Abs 6 UmgrStG idF AbgÄG 2012 .....	306
3. Conclusio .....	307
B. Die Ausschüttungsfiktion des § 18 Abs 2 Z 1 UmgrStG bei Einbringungen .....	307
1. Hintergrund und Wirkungsweise der Regelung .....	307
2. Kritische Würdigung der Regelung .....	310
C. Die Ausschüttungsfiktion des § 3 Abs 1 Z 3 UmgrStG bei Verschmelzungen .....	312
1. Zur Rechtsentwicklung .....	312
2. Einzelfragen der Regelung .....	313
3. Unionsrechtliche Fragestellungen .....	316
4. Conclusio .....	317
 <b>Missbräuchliche Umgründungen</b> <i>(Michael Tanzer)</i> .....	319
I. Einleitung und Rechtsentwicklung .....	319
A. Steuerumgehungen im StruktVG .....	319
B. Die weitere Rechtsentwicklung zur Missbrauchserfassung .....	320
II. Der normative Gehalt von § 44 Umgründungssteuergesetz .....	321
A. Das Fortwirken von § 22 BAO .....	321
1. Die (Un-)Angemessenheit von Einzelschritten oder mehrstufiger Umgründungen .....	321
2. Mögliche Verstöße gegen die Ratio legis des Umgründungssteuerrechts .....	322
B. Die Bezugnahme auf die Fusionsbesteuerungs-RL .....	323
1. Art 15 FRL im Licht der Rechtsprechung des EuGH .....	323
2. Umgehungen außerhalb der FRL – Die Rechtssache „Zwijnenburg“ .....	326
3. Der eingeschränkte Umgehungsschutz durch Art 15 FRL .....	326
4. Die Einwirkung von Art 15 FRL auf nationale Sachverhalte .....	327
III. Zusammenfassung .....	328
 <b>Mantelkauf bei Umgründungen – (ungewollte) Nichtanwendung für übernehmende Körperschaften</b> <i>(Kornelia Waitz-Ramsauer)</i> .....	331
I. Manteltatbestand bei Umgründungen .....	331
A. Allgemeines .....	331
B. Tatbestand des § 4 Z 2 UmgrStG .....	332
C. Verweis auf allgemeinen Manteltatbestand (§ 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG) .....	333
II. Besonderheit beim Umgründungsmantelkauf .....	334
A. Allgemeines .....	334
B. Strukturänderung bei der übernehmenden und übertragenden Körperschaft .....	334
C. Betriebsbezogene Betrachtungsweise versus Einheitsbetrachtung .....	336
D. Ausnahmetatbestand Rationalisierung und Verbesserung der betrieblichen Struktur .....	338

E. (Ungewollte) Differenzierung zwischen übertragender und übernehmender Körperschaft und deren Folgen .....	339
III. Kritische Würdigung .....	340
<b>Franz Helbich – Veröffentlichungen .....</b>	<b>341</b>

## Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

### **Briem, Robert**

RA Dr., ist seit 1992 Rechtsanwalt in Wien. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das Stiftungsrecht, das Gesellschaftsrecht und das Recht der Umgründungen.

### **Cerha, Günter**

WP/StB Dr., ist Mitbegründer der Auditor Treuhand (Deloitte), Leiter der Arbeitsgruppe Stiftungsrecht des Fachsenats für Steuerrecht der KWT, Mitglied des Vorstandes des Verbandes Österreichischer Privatstiftungen, Stiftungsvorstands- und Aufsichtsratsfunktionen.

### **Csoklich, Peter**

RA Hon.-Prof. Mag. Dr., ist seit 1993 Partner in der Doralt Seist Csoklich Rechtsanwaltspartnerschaft; Mitglied des Ausschusses der Rechtsanwaltskammer Wien; Honorarprofessor an der Wirtschaftsuniversität Wien; Vertreter des ÖRAK in CCBE-Arbeitsgruppen, ua zum Europäischen Vertragsrecht.

### **Hirschler, Klaus**

Univ.-Prof. MMag. Dr., ist Professor für Finanzrecht an der Universität Wien. Er ist stellvertretender Vorsitzender des Fachsenats für Steuerrecht der Kammer der Wirtschaftstreuhandler sowie Leiter der Arbeitsgruppe Umgründungssteuerrecht.

### **Hügel, Hanns F.**

Univ.-Prof. Dr., ist Seniorpartner von bpv Hügel Rechtsanwälte. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind M&A, Umgründungen, Corporate Governance und Steuerplanung. Er lehrt Unternehmens- und Steuerrecht an der Universität Wien.

### **Lang, Michael**

Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c., ist Vorstand des Instituts für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU, Wissenschaftlicher Leiter des LL.M.-Studiums International Tax Law und Sprecher des Doktorandenkollegs Doctoral Program in International Business Taxation (DIBT) an dieser Universität.

### **Lechner, Eduard**

Mag. DDr., Universitätsprofessor am Institut für Recht der Wirtschaft an der Universität Wien, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater.

### **Leiter, Werner**

Mag., ist Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Partner bei Grant Thornton Unitreu GmbH. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in der nationalen und internationalen Steuerberatung, Konzern-Steuerplanung, Mergers & Acquisitions und Umstrukturierungen.

### **Motal, Bernhard**

Univ.-Ass. Mag. LL.M., ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Stiftungsrecht, dem Erbrecht und dem Unternehmens- und Gesellschaftsrecht.

### **Nowotny, Christian**

o. Univ.-Prof. Dr., ist Vorstand des Instituts für Zivil- und Unternehmensrecht; Mitglied des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision der Kammer der Wirtschaftstreuhandler und

Mitglied des Prüfungsausschusses der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, sowie Mitglied des AK Corporate Governance.

**Platzer, Walter**

Univ.-Doz. StB WP Dr., ist Wirtschaftsprüfer und Steuerberater (seit 1987), Managing Partner in Grant Thornton Unitreu GmbH, Wien, sowie Univ.-Doz. für Betriebswirtschaftslehre an der WU-Wien. Tätigkeitsschwerpunkte: Rechnungslegung national und international, Umgründung, Unternehmensbewertung, Merger & Akquisition.

**Rabel, Klaus**

StB WP Dr., ist Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, CVA (EACVA) und geschäftsführender Gesellschafter der BDO Graz GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, Graz. Er ist stv. Vorsitzender des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder sowie Autor zahlreicher Fachpublikationen zur Unternehmensbewertung und zum Umgründungssteuerrecht.

**Rédei, Christoph**

Mag., Studium der Internationalen Betriebswirtschaft an der Universität Wien. Seit 2004 Lehrbeauftragter am Institut für Recht der Wirtschaft an der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der Universität Wien, Steuerberater.

**Schellmann, Gottfried**

Mag., ist Steuerberater in der Kanzlei Müller&Schellmann. Er ist Vicepresident der Confédération Fiscale Européenne, Member of the Board Century Casino und war Member of the VAT Expert Group. Mag. Schellmann ist als Lektor an der Universität Linz im LL.M.-Programm sowie am FH Campus Wien tätig und hat zahlreiche Publikationen zu steuerrechtlichen Themen verfasst.

**Schima, Georg**

Hon.-Prof. Dr. M.B.L.-HSG LL.M. (Vaduz), ist Rechtsanwalt und Partner der Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG sowie Honorarprofessor an der Wirtschaftsuniversität Wien für Unternehmensrecht und Arbeitsrecht und Verfasser zahlreicher Bücher und Aufsätze zu arbeitsrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen, kapitalmarktrechtlichen und stiftungsrechtlichen Fragen.

**Schwarzinger, Walter**

Prof. Mag. Dr., Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Spezialist für Umgründungsfragen; Lehrbeauftragter an der Wirtschaftsuniversität Wien, Leiter des Lehrgangs für Umgründungssteuerrecht bei der Akademie der Wirtschaftstreuhänder; Vortragender und Fachautor.

**Stangl, Christian**

Dr., ist Wirtschaftsprüfer in Wien. Zuvor war er Universitätsassistent am Institut für Recht der Wirtschaft der Universität Wien. Dr. Stangl ist Autor zahlreicher Publikationen zu abgabenrechtlichen Themen.

**Staringer, Claus**

Univ.-Prof. Dr., leitet die Abteilung Unternehmenssteuerrecht am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU. Er ist in der Praxis im Wiener Büro der internationalen Rechtsanwaltssozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP tätig.

**Steinmaurer, Wolfgang**

WP/StB Univ.-Lekt. Mag. Dr., ist Geschäftsführer einer Linzer Steuerberatungskanzlei. Er beschäftigt sich neben seiner schriftstellerischen und lehrenden Tätigkeit auch als Fachvortragender, und hat sich in den letzten Jahren intensiv mit dem Einsatz des Wissensmanagements in Steuerberatungskanzleien auseinandergesetzt. Dr. Steinmaurer ist Herausgeber einer Internetplattform zur kanzleiübergreifenden Zusammenarbeit von Steuerberatern.

**Strimitzer, Eugen**

WP/StB Mag. Dr., ist Wirtschaftsprüfer und Steuerberater und Partner der KPMG Austria Alpen-Treuhand Gruppe ([www.kpmg.at](http://www.kpmg.at)). Er ist Mitglied der Fachsenate für Unternehmensrecht und Revision sowie Steuerrecht der KWT.

**Sulz, Gottfried**

Mag., ist Steuerberater, Partner von TPA Horwath Wirtschaftstreuhand und Steuerberatung GmbH in Wien. Er ist stv. Leiter der AG Umgründungssteuerrecht des Fachsenats für Steuerrecht der KWT.

**Tanzer, Michael**

Univ.-Prof. Dr., lehrt Finanzrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. Er ist Vorsitzender der Arbeitsgruppe Verfahrensrecht im Fachsenat der Kammer der Wirtschaftstreuhänder.

**Torggler, Hellwig**

Hon.-Prof. DDr. LL.M (SMU), ist Rechtsanwalt und Partner bei Torggler Rechtsanwälte und hauptsächlich in den Bereichen der Schiedsgerichtsbarkeit, des Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts tätig.

**Toscani, Valerie**

Mag., ist Rechtsanwaltsanwärtlerin bei Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG.

**Waitz-Ramsauer, Kornelia**

StB/RA Dr. LL.M., ist Rechtsanwältin, Steuerberaterin und Partnerin bei Waitz Obermühlner Rechtsanwälte GmbH sowie Lektorin an der FH Steyr. Tätigkeitsschwerpunkte sind Umgründungssteuer- und gesellschaftsrecht, M&A- sowie Gesellschaftsrecht.

**Wallentin, Eberhard**

MMag. Dr., ist Rechtsanwalt in Wien und seit 1994 Partner von Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das Umgründungs- und das Insolvenzrecht.

**Wiedermann, Klaus**

WP/StB DDr., ist Director in der Steuerberatung bei Deloitte in Wien. Als Steuerberater und Wirtschaftsprüfer berät er Stiftungen und Familienunternehmen im Bereich Immobilien- und Kapitalvermögen. Er ist Vortragender am Institut für Finanzrecht der Universität Wien und an der Akademie der Wirtschaftstreuhänder in den Bereichen Steuergestaltungslehre, Umgründungen und Ertragsteuerrecht.

**Wiesner, Werner**

Prof. Dr., Hon.-Prof. MR, leitete die Abteilung für Einkommen- und Körperschaftsteuer im Bundesministerium für Finanzen; Vortragender und Fachautor, Honorarprofessor an der Wirtschaftsuniversität, lehrt Umgründungssteuerrecht.

**Zöchling, Hans**

DDr., ist Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Er ist Geschäftsführer und Tax Partner der KPMG Alpen-Treuhand-GmbH, Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft.

# Die Pflichtenbindung des Vorstandes einer Unternehmensträgerstiftung

Georg Schima/Valerie Toscani

Gliederung	Seite
<b>I. Allgemeine Pflichten des Stiftungsvorstands</b> .....	122
<b>II. Spezifische Pflichten in Unternehmensträgerstiftungen</b> .....	123
A. Grenzen der Konzern- bzw Unternehmensleitungspflicht .....	125
B. Eignung von Vorstandsmitgliedern .....	126
C. Interessenkonflikte und Insichgeschäfte .....	127
<b>III. Gestaltungsmöglichkeiten der Pflichtenbindung des Vorstandes</b> .....	129
A. Richtlinien der Geschäftsführung .....	129
B. Weisungsbindung und Zustimmungsvorbehalte .....	131
1. Weisungen .....	131
2. Zustimmungsrechte .....	133
3. Befugnisse von Begünstigten-Beiräten in der Stiftung oder in Beteiligungsunternehmen .....	136
a) Zusammensetzung eines Begünstigten-Beirates in der Stiftung .....	136
b) Begünstigten-Beirat in Beteiligungsunternehmen .....	138
4. Folgen des Verstoßes gegen Weisungen oder Zustimmungsvorbehalte .....	138
5. Änderungsrecht oder -pflicht des Stiftungsvorstands nach § 33 Abs 2, 2. Satz PSG? .....	139

## Literatur:

**Bücher:** *Arnold N.*, Privatstiftungsgesetz Kommentar<sup>3</sup> (2013); *Doralt/Nowotny/Kalss*, Privatstiftungsgesetz (1995); *Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG Kommentar (2014); *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> (2007); *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I<sup>2</sup> (1997); *Runggaldier/Schima G.*, Manager-Dienstverträge<sup>4</sup> (2014); *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup> (2005).

**Beiträge:** *Briem R.*, Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010/27, 108; *Briem R.*, Die Novelle zum Privatstiftungsgesetz, PSR 2011/3, 6; *Briem R.*, Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung einer funktionierenden Governance der Privatstiftung, in *Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts (2014) 61; *Cerha*, Die Vertreibung des Vermögens österreichischer Privatstiftungen ins Ausland, in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts (2014) 1; *Csoklich P.*, Stiftung als Unternehmensträger, in *Vodrazka* (Hrsg), Strukturverbesserung Praxis und Recht, FS für Franz Helbich (1990) 1; *Csoklich P.*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 13; *Doralt P.*, Die Geschäftsführer der GmbH und Co KG im Handelsrecht, in *Kastner/Stoll* (Hrsg), Die GmbH & Co KG<sup>2</sup> 236; *Feltl/Rizzi*, Zur Zulässigkeit von Weisungsrechten und anderen Kontrollmechanismen gegenüber dem Stiftungsvorstand, *ecolex* 2010, 56; *Gahleitner H./Leitsmüller*, 20 Jahre Privatstiftungsrecht – Transparenzoffensive dringend erforderlich, in *Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts (2014) 137; *Hochedlinger*, Zulässige und unzulässige Regelungen zur Vorstandsvergütung, PSR 2014, 4; *Kalss*, Zur Aufsichtsratspflicht in der Privatstiftung, RdW 2006, 3; *Kalss/Zollner*, Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Begünstigten – Gestaltungsmöglichkeiten des Stifeters, GesRZ 2008, 351; *Karollus*, Gedanken zur Haftung des Stiftungsvorstands, insbesondere im Zusammenhang mit unternehmerischen Ermessensentscheidungen und mit der Schutzpflicht des Stiftungsvorstands für die Stiftungs-Governance, in FS Reischauer (2010) 209; *Karollus/Lukas*, Zur Durchsetzung der Rechte eines Mitstifeters aus einer „Absichtserklärung“ der Stifter, ZfS 2009, 4; *Kunz/Liemberger*, Zur Vergütung des Stiftungsvorstandes, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010), 815; *Müller K./Saurer*, Die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften von Privatstiftungen, in *Eiselsberg* (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht (2009) 189; *Schima G.*, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GesRZ 1999, 100; *Schima G.*, Das kartellrechtliche „Konzernprivileg“ – Anmerkungen zur „Postbus-Entscheidung“ des

OGH, in FS Peter Doralt (2004) 560; *Schima G.*, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts (2010) 369; *Schima G.*, Kontrolldefizite im Österreichischen und Liechtensteinischen Stiftungsrecht, in FS Delle Karth (2013) 847; *Torggler H.*, Rezension zu *Krejci*, Die Aktiengesellschaft als Stifter, JBl 2006, 812; *Unger*, Professionalisierung im Stiftungsmanagement, Aufsichtsrat aktuell 2013 H 5, 21; *Wallentin E./Schima G.*, In Erinnerung an em RA HonProf Dr Franz Helbich, GesRZ 2012, 203; *Zollner*, Rechte und Pflichten des Stiftungsvorstands in der gesetzestypischen, der „begünstigendominierten“, der „stifterdominierten“ und in der „vorstandsdominierten“ Privatstiftung, in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts (2014) 41; *Zwick*, Die Privatstiftung als Konzernspitze, GesRZ 2009, 278.

Nach österreichischem Recht waren vor der Einführung des Privatstiftungsgesetzes (PSG) nur Stiftungen mit gemeinnützigen und mildtätigen Zwecken zulässig. Dass die Privatstiftung in Österreich nunmehr als (mittelbare) Trägerin von Unternehmen fungieren kann, ist in hohem Maße auf den unermüdlichen Einsatz von *Franz Helbich* zurückzuführen, der wohl der wesentliche Impulsgeber für die Einführung eines modernen und auch für wirtschaftliche Tätigkeiten offenen Stiftungsrechts war und dessen Vorstellungen die Entwicklung des PSG maßgeblich beeinflusst haben.<sup>1</sup> Die Pflichten des Stiftungsvorstands einer solchen Unternehmensträgerstiftung soll dieser Beitrag beleuchten, ebenso wie die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten des Organisationsgefüges der Privatstiftung, um den Stiftern und Begünstigten die Mitbestimmung bei der Unternehmensführung zu gewährleisten.

## I. Allgemeine Pflichten des Stiftungsvorstands

Der Stiftungsvorstand ist das Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan der Privatstiftung. Oberstes Gebot bei der Ausübung seiner Tätigkeit ist die Erfüllung des Stiftungszwecks und die Einhaltung der Bestimmungen der Stiftungserklärung (§ 17 Abs 1 PSG). Der Stifterwille ist für den Vorstand nur insofern maßgeblich und beachtlich, als er sich in der Stiftungserklärung niederschlägt, denn ab Errichtung der Privatstiftung ist diese ein selbständiges, vom Stifter unabhängiges Rechtssubjekt, und der Stifter kann nur unter bestimmten Voraussetzungen Einfluss üben.<sup>2</sup> Stifter haben die Möglichkeit, mittels Änderung der Stiftungserklärung, die sie sich aber gem § 33 Abs 2 PSG in der Stiftungsurkunde ausdrücklich vorbehalten müssen, die Stiftung nachträglich zu gestalten.<sup>3</sup> Außerdem ist es zulässig, dass sich Stifter durch entsprechende Verankerung in der Stiftungserklärung die weiter unten beschriebenen Zustimmungs- und Weisungsrechte sichern und so Einfluss auf die Geschäftsführung des Vorstands nehmen. Schließlich können nach den Vorstellungen des Stifters auch andere (zB mit Begünstigten besetzte) Organe bestimmte Kompetenzen, wie Zustimmungs-, Weisungs-, Überwachungs- und Kontrollbefugnisse, übernehmen, sofern dies in der Stiftungserklärung festgelegt wird (vgl auch dazu unten).

Jegliche (formlose) Einflussnahme auf den Stiftungsvorstand, die nicht von entsprechenden Regelungen in der Stiftungserklärung gedeckt ist, bindet diesen daher nicht. In der Praxis zeigt sich, dass die Trennlinie zwischen Stifter und Stiftung oft nicht so streng gesehen wird, und auch aus menschlichen Gründen und für ein respektvolles „Miteinander“ wird ein Stiftungsvorstand die Willensäußerungen des Stifters nicht einfach ignorieren. Der Vorstand ist bei „Weisungen“ und Wünschen von Stiftern oder Begünstigten aber verpflichtet, deren mögliche Umsetzung mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 17 Abs 2 PSG) zu

<sup>1</sup> Vgl den Nachruf von *Wallentin E./Schima G.*, GesRZ 2012, 203.

<sup>2</sup> Vgl schon die ErläutRV 1132 BlgNr 18. GP 27 zu § 17 Abs 1 PSG.

<sup>3</sup> Vgl zur Änderungsbefugnis ausführlich *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 35 ff.

prüfen und eigenverantwortlich zu entscheiden, ob die Maßnahme auf Basis der Stiftungserklärung zulässig ist.<sup>4</sup>

Neben Stiftungszweck und Stiftungserklärung muss der Stiftungsvorstand das Gebot der Sparsamkeit beachten und darf Ausschüttungen an Begünstigte nur dann gewähren, wenn dadurch nicht die Ansprüche von Gläubigern geschmälert werden (§ 17 Abs 2 PSG). Bei all seinen Tätigkeiten hat er die Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters walten zu lassen.<sup>5</sup>

Die Aufgaben eines Stiftungsvorstands betreffen zu einem Teil sämtliche Stiftungen gleichermaßen<sup>6</sup> (gesetzliche Befugnisse und Pflichten wie die Vertretung der PS, bestimmte Anmeldungen zum Firmenbuch, Rechnungslegung und generell die Zuwendung an die Begünstigten der Stiftung), zum anderen hängen die spezifische Tätigkeit und das Tagesgeschäft ganz stark vom jeweiligen Stiftungszweck ab und sind daher höchst individuell. Eine Familienstiftung, deren Zweck die Versorgung von Nachkommen des Stifters ist und die „nur“ über Bar- und Immobilienvermögen verfügt, das zwar ertragreich, aber möglichst risikolos veranlagt und verwendet werden soll, birgt andere Aufgaben für den Stiftungsvorstand als die Führung einer Stiftung, die eine Kunstsammlung zu verwalten hat. Die Aufgaben des Vorstands einer Unternehmensträgerstiftung sind wiederum andere und sollen im Folgenden kurz beleuchtet werden.

## II. Spezifische Pflichten in Unternehmensträgerstiftungen

Die unmittelbare Unternehmensträgerstiftung, dh eine Stiftung, die selbst ein Unternehmen betreibt, ist wegen des Verbots von über eine bloße Nebentätigkeit hinausgehenden gewerbsmäßigen Tätigkeiten gem § 1 Abs 1 Z 1 PSG nur sehr eingeschränkt zulässig. Mittelbare Unternehmensträgerstiftungen (auch Beteiligungsträgerstiftungen genannt),<sup>7</sup> also Stiftungen, zu deren Vermögen Anteilsrechte an Gesellschaften gehören,<sup>8</sup> sind hingegen zulässig und in Österreich weit verbreitet. Untersuchungen zeigen, dass etwa zwei Drittel des gesamten Stiftungsvermögens aus Unternehmensbeteiligungen bestehen, wobei es sich zu mehr als 80 % um GmbH-Anteile handelt.<sup>9</sup>

Ganz allgemein kann daher gesagt werden, dass der Vorstand zur sorgfältigen Verwaltung dieser Unternehmensanteile verpflichtet ist, wozu auch die sachgerechte Ausübung der Eigentümer- bzw Gesellschafterrechte an den Beteiligungsunternehmen gehört.<sup>10</sup> Je nach Rechtsform des Beteiligungsunternehmens (hauptsächlich GmbH, aber auch AG oder Kommanditbeteiligungen) erlauben die Gesellschafterrechte einen schwächeren oder intensiveren Eingriff in die Geschäftsführung. In diesem Beitrag wird die GmbH als Beispiel für die Beteiligungsgesellschaft herangezogen, einerseits wegen der großen praktischen Bedeutung, andererseits wegen der weitreichenden und über jene der anderen Gesellschaftsformen hinausgehenden Eingriffsbefugnisse der Gesellschafter, die oberstes Willensorgan der GmbH sind<sup>11</sup>

<sup>4</sup> Vgl zur grundsätzlichen Unbeachtlichkeit von formlosen Wünschen des Stifters und der Begünstigten *Karollus* in FS Reischauer 221 ff.

<sup>5</sup> Vgl allgemein *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 17 Rz 42 ff.

<sup>6</sup> Vgl den Katalog von Kern- und Nebenzuständigkeiten des Stiftungsvorstands bei *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 17 Rz 43.

<sup>7</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> Einleitung Rz 10.

<sup>8</sup> So die Definition bei *Csoklich P.*, Stiftung als Unternehmensträger, in FS Helbich (1990) 1 (2).

<sup>9</sup> Vgl *Gahleitner H./Leitsmüller*, 20 Jahre Privatstiftungsrecht – Transparenzoffensive dringend erforderlich, in *Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts (2014) 137 (142).

<sup>10</sup> Vgl *Karollus* in FS Reischauer 238.

<sup>11</sup> Vgl *Arnold N./Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG (2014) § 20 Rz 3.

und gem § 20 Abs 1 GmbHG sämtliche Geschäftsführungsmaßnahmen an sich ziehen können.<sup>12</sup>

Zu den Pflichten des Vorstands einer Unternehmensträgerstiftung gehört es daher, unternehmerische Entscheidungen zu treffen, sei es in Bezug auf die Privatstiftung selbst (zB über die Veranlagung des Stiftungsvermögen in Wertpapiere, Kunstgegenstände oder eben Unternehmensbeteiligungen) oder in Bezug auf das von einer Beteiligungsgesellschaft geführte Unternehmen (zB die Bestellung von Organmitgliedern,<sup>13</sup> die Zustimmung zur Aufnahme eines Kredits für die Akquisition eines neuen Betriebsgebäudes oder die Ausschüttung des Bilanzgewinns).<sup>14</sup>

Sofern unternehmerische Entscheidungen des Stiftungsvorstands (das sind – vereinfacht gesagt – solche Entscheidungen, die nicht durch Gesetz oder Stiftungssatzung determiniert sind und in denen der Stiftungsvorstand daher einen gewissen Ermessensspielraum hat)<sup>15</sup> sorgfältig und pflichtgemäß getroffen werden, genießt der Stiftungsvorstand einen Haftungsfreiraum. Er kann also nicht für jede Fehlentwicklung zur Verantwortung gezogen werden, sondern haftet nur, wenn er das ihm freistehende Ermessen „eklatant überschreitet“.<sup>16</sup> Dieser bei Kapitalgesellschaften von der österreichischen Lehre und Rsp anerkannte Grundsatz der Business Judgment Rule<sup>17</sup> ist auch auf Stiftungsvorstandsmitglieder anwendbar.<sup>18</sup> Im liechtensteinischen Stiftungsrecht hat dies der Gesetzgeber mit der Reform 2008 in Art 182 Abs 2 PGR ausdrücklich klargestellt.<sup>19</sup>

Maßstab für das Handeln des Stiftungsvorstands bleibt auch bei der „Verwaltung“ von Unternehmensbeteiligungen stets das Wohl und Interesse der Privatstiftung, deren Zweck vor allem bei ursprünglichen Familienunternehmen allerdings häufig (auch) im Erhalt und der Förderung des Unternehmens bzw der Unternehmensgruppe liegt.<sup>20</sup> Gerade in solchen Konstellationen ist der Stiftungsvorstand oft besonders gefordert, weil über die Führung von Familienunternehmen meist Divergenzen zwischen den verschiedenen Generationen oder Familienstämmen bestehen. Fällt die ursprüngliche Unternehmerpersönlichkeit (meist der Stifter) wegen Todes weg<sup>21</sup> oder gibt die ältere Generation die Geschäftsleitung zugunsten der

<sup>12</sup> Vgl zur Frage eines weisungsfreien Mindestbereichs *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 20 Rz 9; *Runggaldier/Schima G.*, Manager-Dienstverträge<sup>4</sup> (2014) 14; *Schima G.*, GesRZ 1999, 102ff; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/259.

<sup>13</sup> Vgl dazu zB *Müller K./Saurer*, Die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften von Privatstiftungen, in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht (2009) 189 ff.

<sup>14</sup> Vgl *Karollus* in FS Reischauer 238.

<sup>15</sup> Vgl zu den Kriterien sowie zur Business Judgment Rule allgemein *Schima G.*, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandhaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts (2010) 369 (379 f). Vgl auch die Definition bei *Robert Briem* (Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010/27, 108): Entscheidungen, die erhebliche Auswirkungen auf die Vermögens- oder Ertragslage der Privatstiftung haben und deren Geschehensablauf bzw (Miss-)Erfolg nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit vorausgesagt werden kann.

<sup>16</sup> Vgl zu dieser vom OGH geprägten Begriffsbildung *Schima G.* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* 429–432.

<sup>17</sup> Vgl zu den einzelnen Voraussetzungen der Haftungsfreistellung *Briem R.*, PSR 2010/27 108 (111).

<sup>18</sup> Vgl *Karollus* in FS Reischauer 228 ff mwN.

<sup>19</sup> Vgl *Schima G.*, Kontrolldefizite im Österreichischen und Liechtensteinischen Stiftungsrecht, in FS Delle Karth (2013) 847 (858 f).

<sup>20</sup> Dabei beißt sich manchmal „die Katze in den eigenen Schwanz“ und der Stiftungsvorstand steht vor dem Problem, dass sich nicht mehrere Stiftungszwecke gleichzeitig verwirklichen lassen, wie etwa in der klassischen Situation, dass aus unternehmerischen Gründen keine Ausschüttung aus dem Bilanzgewinn erfolgen sollte, andererseits aber die Begünstigten durch Zuwendungen versorgt werden sollen (vgl *Karollus* in FS Reischauer 220).

<sup>21</sup> Vgl zu den Anforderungen an den Stiftungsvorstand bei Wegfall des Stifters als Unternehmer *Unger*, Professionalisierung im Stiftungsmanagement, Aufsichtsrat aktuell 2013 H 5, 21 (22).

jüngeren Familienmitgliedern auf, können Spannungen entstehen, deren Lösung – zum Wohl von Unternehmen und Stiftung – dann auch die Aufgabe des Stiftungsvorstands ist. Der Vorstand muss hier alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel nutzen, die bei der GmbH – wie gesagt – von der Änderung des Gesellschaftsvertrages bis hin zu Weisungen an die Geschäftsführung reichen,<sup>22</sup> wobei die (schwammige und rechtlich fragwürdige) Grenze das „Verbot“ der allzu straffen Konzernleitung durch die Privatstiftung bildet:

### A. Grenzen der Konzern- bzw Unternehmensleitungspflicht

Der Gesetzgeber des PSG hat mit der vermeintlichen Antinomie zwischen § 1 Abs 2 PSG und § 22 PSG beträchtliche Rechtsunsicherheit betreffend die Frage geschaffen, ob und wie intensiv eine (Unternehmensträger)Stiftung die Unternehmen, deren Beteiligungen sie hält, verwalten bzw leiten darf. Aus § 1 Abs 2 PSG<sup>23</sup> wurde verschiedentlich ein Verbot der Konzernleitung durch die Stiftung abgeleitet.<sup>24</sup> Diese Sichtweise steht wiederum in unlösbarem Widerspruch zu § 22 Abs 1 Z 2 PSG, weil diese Vorschrift eindeutig von der Möglichkeit einer konzernleitenden Stiftung ausgeht. Könnte man bei der „beherrschenden“ Stiftung (§ 22 Abs 1 Z 2, zweiter Fall PSG) noch versucht sein, die Antinomie damit aufzulösen, dass man die Aufsichtsratspflicht auf Stiftungen bezieht, denen es nicht gelingt, die mit einer Mehrheitsbeteiligung richtigerweise verbundene Vermutung der Beherrschung<sup>25</sup> zu widerlegen,<sup>26</sup> verbietet sich eine solche Sichtweise bei der die Beteiligungsunternehmen einheitlich leitenden Stiftung (§ 22 Abs 1 Z 2, erster Fall PSG) von selbst.

Der OGH<sup>27</sup> hat zwar anerkannt, dass § 22 Abs 1 Z 2 PSG inhaltsleer wäre, ließe man Konzernleitung gar nicht zu, und dass dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden könne, bei der Regelung des § 22 Abs 1 Z 2 PSG den § 1 Abs 2 PSG übersehen zu haben; die Lösung des Höchstgerichtes, die Konzernleitung zwar grundsätzlich für zulässig zu erklären, nicht aber eine „straffe Konzernleitung“, befriedigt indes nicht und schafft neue Abgrenzungsprobleme und potentiell hochproblematische Konsequenzen.<sup>28</sup> Überzeugender ist es vielmehr, die Konzernleitung durch Privatstiftungen uneingeschränkt zuzulassen.<sup>29</sup> Dafür besteht auch ein rechtspolitisches Bedürfnis, weil Unternehmensträgerstiftungen ja typischerweise Familienunternehmen leiten und es dort nicht selten zu qualifizierten Uneinigkeiten und wechselseitiger Lähmung der beteiligten Entscheidungsträger kommt. Hier kann ein Stiftungsvorstand uU sehr stark gefordert sein, über einen gewissen Zeitraum eine sehr aktiv leitende und lenkende

<sup>22</sup> Vgl *Karollus* in FS Reischauer 238.

<sup>23</sup> Danach darf die Privatstiftung ua keine gewerbsmäßige Tätigkeit ausüben, die über eine bloße Nebentätigkeit hinaus geht und nicht die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen.

<sup>24</sup> So zB *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG (1995) § 1 Rz 71 ff; abgeschwächt bei *Kalss*, Zur Aufsichtsratspflicht in der Privatstiftung, RdW 2006, 3 und *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 7/15; vgl auch *Csoklich P.*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 13 (25 f).

<sup>25</sup> Vgl *Schima G.*, Das kartellrechtliche Konzernprivileg – Anmerkungen zur Postbus-Entscheidung des OGH, in FS Peter Doralt (2004) 560 (576 f).

<sup>26</sup> Unklar *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 22 Rz 13, der zwar ausführt, dass bloße Beherrschungsmöglichkeit bei der Privatstiftung für die Aufsichtsratspflicht nicht ausreicht, aber nicht sagt, ob eine Mehrheitsbeteiligung die Beherrschungsvermutung auslöst, was uE auch für die Stiftung zu gelten hat; wie hier *Müller K./Saurer* in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht (2009) 195 f.

<sup>27</sup> OGH 6 Ob 217/05p GesRZ 2006, 82; vgl dazu *Arnold N.* (Glosse), GeS 2006, 121; *Zwick*, Die Privatstiftung als Konzernspitze, GesRZ 2009, 278 (279).

<sup>28</sup> Eine Stiftung, die in ihrer Konzernleitung „zu weit geht“, wäre im Extremfall ja zu löschen.

<sup>29</sup> So *Torggler H.*, Rezension zu *Krejci*, Die Aktiengesellschaft als Stifter, JBl 2006, 812; zust *Müller K./Saurer* in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht (2009) 196 f.

Rolle in der Unternehmensgruppe auszuüben.<sup>30</sup> Eine – im Übrigen in mehrerer Hinsicht dringend nötige – Novellierung des PSG sollte auch diesen Punkt berücksichtigen.<sup>31</sup>

## B. Eignung von Vorstandsmitgliedern

Vorstände österreichischer Privatstiftungen sind traditionell sehr „freiberuflerlastig“. Rechtsanwälte, Wirtschaftstreuhänder und Notare tummeln sich dort sonder Zahl und halten nicht selten eine größere zweistellige Anzahl an Mandaten. Die im Kapitalgesellschaftsrecht seit langem geführte Diskussion um die zahlenmäßige Begrenzung von Mandaten hat fortlaufend engere Beschränkungen auf gesetzlicher und Soft-law-Ebene (Corporate-Governance-Kodizes) nach sich gezogen, während sie am Privatstiftungsrecht weitgehend spurlos vorübergegangen ist.<sup>32</sup> Gerade Unternehmensträgerstiftungen benötigen aber nicht nur das Know-how von Rechtsanwälten, Notaren und Wirtschaftstreuhändern, sondern insbesondere von Personen mit Management-Erfahrung. Sonst kann eine – uU respektable Größe aufweisende – Unternehmensgruppe nicht ordentlich „geführt“ werden.

Für die erfolgreiche Leitung einer Unternehmensträgerstiftung, die mit der Führung einer strategischen Holding vergleichbar ist, sollten die Stiftungsvorstandsmitglieder daher Kompetenzen im Bereich strategische Leitung, Controlling, Risikomanagement, Personalwesen etc aufweisen.<sup>33</sup> Dabei muss freilich nicht jedes einzelne Vorstandsmitglied sämtliche Fähigkeiten mitbringen, denn der Stiftungsvorstand ist ein Kollegialorgan mit Gesamtvertretungsbefugnis (zumindest nach dem gesetzlichen Grundmodell), und der Vorstand trifft seine Entscheidungen mit Mehrheitsbeschluss (vgl § 17 Abs 3 und § 28 Z 2 PSG). Durch die einem Beschluss des Stiftungsvorstands üblicherweise vorausgehende Diskussion und den Austausch der Spezialkenntnisse der einzelnen Vorstandsmitglieder sollte im Idealfall über jede Maßnahme sorgfältig entschieden werden. Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater mögen zwar wegen ihres juristischen Fachwissens für die Leitung der Stiftung einen wertvollen Beitrag leisten, fehlt ihnen (mangels einschlägiger praktischer Erfahrung) jedoch der gewisse „Unternehmergeist“, werden sie weniger energisch oder beherzt, die oben beschriebenen unternehmerischen Entscheidungen treffen – nicht zuletzt wegen des Haftungsrisikos.<sup>34</sup> Dieses kommt – wie oben erörtert – zwar bei Einhaltung der entsprechenden Sorgfalt nur bei „eklatanten“ Verstößen zum Tragen; *ob* ein solcher Sorgfaltsverstoß hingegen vorliegt, muss uU in einem langwierigen Gerichtsverfahren geklärt werden.

Bemerkenswert ist, dass die Urfassung des „Privatrechtsstiftungsgesetzes“<sup>35</sup> in § 15 PSG für den Stiftungsvorstand sogar *verpflichtend* die Besetzung mit einem zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Mitglied vorsah. Dass diese Fassung nicht Gesetz wurde, änderte an der beschriebenen rechtstatsächlichen Lage aber nichts. Damit soll nicht gesagt werden, dass ein Stiftungsvorstand, der in Österreich ja – anders als in Liechtenstein (wo bis zur Reform 2008 ein einköpfiger Stiftungsrat ausreichte und seither zwei Stiftungsratsmitglieder bestellt sein müssen) – aus mindestens drei Mitgliedern besteht, nicht *einen* Rechtsanwalt „ver-

<sup>30</sup> Dass Stiftungsvorstände mit ihrer traditionellen „Anwalts- und Steuerberaterlastigkeit“, aber auch aus anderen Gründen, oft nicht ausreichend dafür qualifiziert sind, einen vielleicht größeren Konzern zu leiten, steht auf einem anderen Blatt.

<sup>31</sup> Der Entwurf einer Novellierung des PSG von *Kalss* (Stand 9. 4. 2014) geht darauf leider nicht ein.

<sup>32</sup> Krit auch *Unger*, Aufsichtsrat aktuell 2013 H 5, 21 (23).

<sup>33</sup> Vgl *Unger*, Aufsichtsrat aktuell 2013 H 5, 21 (22).

<sup>34</sup> Vgl *Unger*, Aufsichtsrat aktuell 2013 H 5, 21 (22 f); zur Haftung des Stiftungsvorstands vgl *Karollus* in FS Reischauer 209.

<sup>35</sup> BGBl 1993/694.

trägt“. Natürlich tut er das (wie auch jeder Aufsichtsrat); wichtig ist aber aus unserer Sicht eine ausgewogene Mischung von Personen aus verschiedenen Bereichen.

Es ist daher sinnvoll, in der Stiftungsurkunde gewisse Angaben über die Zusammensetzung des Vorstands und die Auswahlkriterien für Stiftungsvorstandsmitglieder zu machen, an die sich das zur Bestellung befugte Organ zu halten hat.<sup>36</sup> Je nach Zweck und Tätigkeit der Privatstiftung können zB Branchenkenntnisse, Ausbildungs- oder Altersvoraussetzungen festgelegt werden, wobei auf die nötige Flexibilität der Kriterien zu achten ist, um sie langfristig sinnvoll anwenden zu können.

### C. Interessenkonflikte und Insichgeschäfte

Der Stiftungsvorstand soll sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers<sup>37</sup> selbst kontrollieren, weshalb er auch aus mindestens drei Mitgliedern bestehen muss.<sup>38</sup> Bei entsprechender Regelung in der Stiftungsurkunde kann die Privatstiftung aber auch nur durch ein Vorstandsmitglied allein vertreten werden.<sup>39</sup> Um Interessenkonflikten vorzubeugen, die bei der eigentümerlosen Privatstiftung besonders „gefährlich“ sind, hat der Gesetzgeber eine im Vergleich zum Kapitalgesellschaftsrecht verstärkte Kontrolle vorgesehen.<sup>40</sup> Insichgeschäfte, also Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Vorstandsmitglied oder Fälle der Doppelvertretung,<sup>41</sup> bedürfen nicht nur der Zustimmung aller Vorstandsmitglieder, sondern auch der gerichtlichen Genehmigung (§ 17 Abs 5 PSG). Verfügt die Privatstiftung hingegen über einen Aufsichtsrat, vertritt dieser die Stiftung bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern (§ 17 Abs 5 iVm § 25 Abs 3 PSG).

Das Konfliktpotential im Zusammenhang mit Insichgeschäften scheint bei Angehörigen von rechts- oder steuerberatenden Berufen im Stiftungsvorstand größer zu sein als bei Vorstandsmitgliedern anderer Berufssparten. Die Stiftungsvorstandstätigkeit ist oft keine hauptberufliche, und zu den Tätigkeiten, mit denen Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater ihr Brot verdienen, gehören auch die (steuer)rechtliche Beratung von Unternehmen und die Erstellung von Gutachten über Spezialprobleme. Wo also ist die Trennlinie zwischen Vorstandstätigkeit und (gesondert zu vereinbarenden und zu vergütenden) Beratungstätigkeit? Vor allem im Hinblick auf die zusätzlich zum „Stiftungsvorstandsgehalt“ veranschlagte Vergütung wird das Vorstandsmitglied Interesse daran haben, einen gesonderten Vertrag über die Beratungstätigkeit abzuschließen. Die zwingend erforderliche gerichtliche Genehmigung macht den Abschluss solcher Verträge natürlich schwerfälliger, und die wenigsten Berater lassen gerne die Notwendigkeit der Beratungstätigkeit oder die Angemessenheit des Entgelts durch ein Gericht beurteilen.<sup>42</sup> Wird der Genehmigungsprozess jedoch nicht eingehalten, ist das Geschäft unwirksam.

<sup>36</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 15 Rz 45.

<sup>37</sup> ErläutRV 1132 BlgNr 18. GP 26 zu § 15 Abs 1 PSG.

<sup>38</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 15 Rz 9.

<sup>39</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 17 Rz 15.

<sup>40</sup> Vgl *Karollus* in FS Reischauer 233.

<sup>41</sup> Sinnvollerweise muss die Bestimmung auch auf Geschäfte mit Rechtsträgern, die einem Mitglied des Stiftungsvorstands gleichgestellt sind, Anwendung finden, wie zB bei einem Vertrag der Stiftung mit einer Gesellschaft, an der ein Vorstandsmitglied wesentlich beteiligt ist; vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 17 Rz 92a. Für eine Übersicht auch der entgegengesetzten Lehrmeinungen vgl *Karollus* in FS Reischauer 233 (FN 85).

<sup>42</sup> Gemessen wird das zu genehmigende Rechtsgeschäft am Wohl der Privatstiftung und der Verfolgung des Stiftungszwecks; vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 17 Rz 96.

Auch die formlose Zustimmung des Stifters zu einem Insichgeschäft ersetzt nicht die Einhaltung der gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen nach § 17 Abs 5 PSG.<sup>43</sup> Die nachträgliche Zustimmung zu einem genehmigungslos geschlossenen Rechtsgeschäft ist nach der Rsp<sup>44</sup> jedoch zulässig, nämlich indem der Stifter die Genehmigung durch Änderung der Stiftungserklärung erteilt. Aus dieser Befugnis des Stifters leitet *Zollner* ab, dass es dem Stifter auch erlaubt sein müsste, in der Stiftungserklärung eine „Vorwegzustimmung“ für konkrete Insichgeschäfte zu erteilen.<sup>45</sup> Damit würde sich die Einhaltung von § 17 Abs 5 PSG erübrigen, vor allem die „lästige“ Einholung der gerichtlichen Genehmigung. Diese Überlegung kann uE nur für ganz bestimmte Ausnahmefälle gelten: wenn – so wie *Zollner* richtig ausführt – bereits im Zeitpunkt der „Vorweggenehmigung“ durch den Stifter das Rechtsgeschäft mit seinen *essentialia negotii* konkret feststeht.<sup>46</sup> Alle sonstigen Regelungen in der Stiftungserklärung scheitern wohl entweder an der notwendigen Flexibilität, weil im Zeitpunkt der Errichtung der Stiftungserklärung nicht die zukünftige Entwicklung von Marktpreisen für Güter und Dienstleistungen abgeschätzt werden kann, oder aber an der notwendigen Bestimmtheit des Rechtsgeschäfts.

(Zu) großzügig ist daher uE die Sichtweise des OGH,<sup>47</sup> der eine gerichtliche Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG auch in dem Fall gestattet, dass ein im Stiftungsvorstand vertretener RA generell und ohne nähere Eingrenzung mit der „laufenden rechtlichen Beratung und Vertretung“ der Privatstiftung gegen Honorierung nach der anwaltlichen Honorarordnung (dies müsste dann wohl auch für die Vereinbarung von Stundensätzen gelten)<sup>48</sup> betraut wird. Der Umstand, dass es sich bei einer solchen Vereinbarung um einen Bevollmächtigungsvertrag iSd §§ 1002 ff ABGB handeln mag,<sup>49</sup> ist dafür nicht ausreichend, wenn die Leistungen derart unbestimmt und weder in ihrer konkreten Beschaffenheit noch in ihrem auch nur ungefähren Umfang vorhersehbar sind.<sup>50</sup> Nicht überzeugend ist in diesem Zusammenhang die anscheinend von *Zollner* vertretene Meinung, es käme bei der Zustimmungsfähigkeit eines Rechtsgeschäftes nach § 17 Abs 5 PSG primär darauf an, ob ex post eine Angemessenheitskontrolle in Bezug auf Leistung und Gegenleistung möglich sei. Damit wird dem Schutzzweck der Bestimmung nicht ausreichend Rechnung getragen. Denn die Betrauung eines (im Übrigen gegen ein typischerweise geringfügiges Pauschalentgelt oder gar unentgeltlich tätigen) Vorstandsmitgliedes mit der generellen rechtlichen Beratung und Vertretung der Stiftung bedeutet im Ergebnis, dass das Vorstandsmitglied die Höhe seines Entgelts maßgeblich

<sup>43</sup> Vgl *Zollner*, Rechte und Pflichten des Stiftungsvorstands in der gesetzestypischen, der „begünstigendominierten“, der „stifterdominierten“ und in der „vorstandsdominierten“ Privatstiftung, in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts (2014) 41 (51 ff).

<sup>44</sup> OGH 1 Ob 214/09s PSR 2010/49, 196. Hier ging es um die nachträgliche Genehmigung eines Honorars für Beratungstätigkeiten im Zusammenhang mit der Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen, das der Stifter formlos mit den Stiftungsvorstandsmitgliedern festgelegt hatte, aber auf Anraten des Stiftungsprüfers mittels Zusatzes zur Stiftungszusatzurkunde nachträglich formell (wirksam) genehmigte.

<sup>45</sup> Vgl *Zollner* in *Kalss*, Aktuelle Probleme des Stiftungsrechts 41 (52 ff).

<sup>46</sup> Bsp: Ein Stifter möchte sein Unternehmen in eine Privatstiftung einbringen. Ein (zukünftiges) Stiftungsvorstandsmitglied seines Vertrauens verfügt über ein Grundstück, das das Unternehmen für betriebliche Zwecke nutzen könnte. Daher einigt man sich, dass die Stiftung das Grundstück dem Vorstandsmitglied abkaufen soll, um es dann dem Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Kaufgegenstand und Preis werden in der Stiftungserklärung festgelegt mit der Anweisung an den ersten Vorstand, das Rechtsgeschäft zu diesen Konditionen durchzuführen (vgl zu solchen Aufträgen an den Stiftungsvorstand unten in Pkt III.A.).

<sup>47</sup> OGH 6 Ob 155/06x ZfS 2006,151 (*Csoklich*).

<sup>48</sup> So auch *Kunz/Liemberger*, Zur Vergütung des Stiftungsvorstandes, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erb- und Vermögensnachfolge (2010) § 27 Rz 125.

<sup>49</sup> Das ABGB gestaltet den Bevollmächtigungsvertrag ja typischerweise als Zielschuldverhältnis; möglich ist aber natürlich auch die (hier vorliegende) Einbettung in einen Dauerschuldcharakter aufweisenden Rahmenvertrag (vgl § 1151 Abs 2 ABGB).

<sup>50</sup> Richtiger ist uE daher die entgegengesetzte Sichtweise der Unterinstanzen.

selbst bestimmen kann. Es beauftragt sich nämlich selbst,<sup>51</sup> indem es die Beratungstätigkeit (etwa Gutachten oder Entwürfe für Verträge) einfach ausführt. Die nachträgliche Kontrolle, ob das Honorar der getroffenen Vereinbarung entspricht, ersetzt nicht die Prüfung der Frage, ob die Leistungen in diesem Ausmaß allesamt notwendig und angemessen waren.<sup>52</sup>

Weder die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates gem § 25 Abs 3 PSG noch die Zustimmungskompetenzen der übrigen Vorstandsmitglieder und des Gerichts (§ 17 Abs 5 PSG)<sup>53</sup> können auf andere Organe der Privatstiftung, zB einen mit Begünstigten besetzten Beirat, übertragen werden.<sup>54</sup> Diese vom OGH vertretene Ansicht ist grundsätzlich überzeugend. Eine andere Frage, die *Csoklich* in seiner Entscheidungsbesprechung thematisiert, ist es, ob die Verlagerung der dem Aufsichtsrat nach § 25 Abs 3 PSG zukommenden Kompetenz gemeinsam mit anderen relevanten Aufsichtsratsbefugnissen auf einen Beirat diesen zum aufsichtsratsähnlichen Beirat mit der Konsequenz der Anwendung der für den Aufsichtsrat geltenden Rechtsvorschriften (zB Unvereinbarkeitsbestimmungen) macht. Das ist eine Frage der Gesetzesumgebung, für die der OGH aber die Schwelle eindeutig zu niedrig angesetzt hat.

### III. Gestaltungsmöglichkeiten der Pflichtenbindung des Vorstandes

Wenngleich ein Unternehmen, das in einê Privatstiftung eingebracht wurde, nicht mehr im Eigentum des Stifters bzw der Unternehmerfamilie(n) steht, so besteht vielfach der Wunsch, die Unternehmensführung weiterhin mitzubestimmen. Die Einbringung des Unternehmens in eine Privatstiftung bietet die Möglichkeit, einerseits die Zerschlagung eines Unternehmens durch Erbfolge an mehrere Familienstämme oder ein „Hinunterwirtschaften“ durch in den Augen des Stifters ungeeignete Nachkommen zu verhindern und andererseits einen gewissen Einfluss der Unternehmer-Familien zu bewahren. Das Stiftungsrecht bietet hier einen Gestaltungsspielraum für die Mitbestimmung, dessen Chancen und Grenzen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – im Folgenden beleuchtet werden sollen.

#### A. Richtlinien der Geschäftsführung

Der Stifter hat die Möglichkeit, die Geschäftsführungstätigkeit des Stiftungsvorstandes durch Angaben in der Stiftungserklärung zu determinieren.<sup>55</sup> Er kann aber auch in der Stif-

<sup>51</sup> Dies gilt zumindest dann, wenn (wie dies in solchen Konstellationen regelmäßig der Fall sein dürfte) das betroffene Vorstandsmitglied (RA) im Vorstand der Privatstiftung für „Rechtsangelegenheiten“ allein zuständig ist. Auch bei der Vergütung der „normalen“ Vorstandstätigkeit gem § 19 PSG legt der Vorstand seinen Honoraranspruch anhand der geleisteten Stunden selbständig fest, wenn die Vergütung bloß durch Verweis auf Honorarrichtlinien in der Stiftungserklärung geregelt ist (vgl dazu ausführlich *Hochedlinger*, Zulässige und unzulässige Regelungen zur Vorstandsvergütung, PSR 2014, 4 [6 ff]).

<sup>52</sup> Vgl hingegen *Zollner* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 41 (54), der die nachprüfende Kontrolle durch den Stiftungsprüfer für ausreichend hält, um eine Schädigung der Privatstiftung zu vermeiden. Der OGH hält es sowohl im Zusammenhang mit der Vergütung für die allgemeine Vorstandstätigkeit gem § 19 PSG (vgl OGH 6 Ob 73/99z RdW 2000/204, 217), als auch bei der Vergütung aus gesonderten Verträgen zwischen einem Vorstandsmitglied und der PS (OGH 6 Ob 155/06x ZfS 2006,151 [*Csoklich*]) für ausreichend, dass die ausgezahlten Honorare in einem Abberufungsverfahren gem § 27 Abs 2 PSG auf ihre Angemessenheit und korrekte Verrechnung hin überprüft werden können.

<sup>53</sup> Rechtspolitisch wäre dies durchaus überlegenswert, vgl den Vorschlag einer Novellierung des PSG von *Kalss* (Stand 9. 4. 2014), der vorsieht, dass die Zustimmung eines Organs gem § 14 Abs 2 PSG die Zustimmung des Gerichts ersetzen kann.

<sup>54</sup> OGH 6 Ob 139/13d PSR 2013/42, 175 (krit *Csoklich*).

<sup>55</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 17 Rz 34 ff; *Felzl/Rizzi*, *ecolex* 2010, 56.

tungserklärung sich selbst oder einem anderen Organ die Kompetenz zum Erlass und zur Abänderung solcher Richtlinien bzw einer Geschäftsordnung (GO) einräumen<sup>56</sup> oder aber in einem Anhang zur Stiftungs(zusatz)urkunde einen „Stiftungsauftrag“ an den Vorstand erteilen.<sup>57</sup> Die Richtlinien mögen allgemein gehalten sein oder – spezifischer – zB eine bestimmte „Investitionsstrategie“ vorgeben,<sup>58</sup> die der Vorstand bei seiner Tätigkeit einzuhalten hat.

Vorgaben des Stifters oder eines anderen Organs (üblicherweise eines Beirats) für die Geschäftsführungstätigkeit des Stiftungsvorstands binden diesen daher nur, wenn sie in der Stiftungsurkunde oder Zusatzurkunde verankert sind bzw die Kompetenz zur Erstellung von Richtlinien in der Stiftungserklärung einem Organ oder dem Stifter zugewiesen ist.<sup>59</sup> Formlose Erklärungen von Stiftern oder Organen, die keinen Rückhalt in der Stiftungserklärung finden, sowie Nebendokumente, die nicht zur förmlichen Stiftungserklärung gehören, sind für den Stiftungsvorstand ein rechtliches Nullum und somit unbeachtlich.<sup>60</sup>

Richtlinien der Geschäftsführung werden, um funktionieren zu können, eher grobe Leitlinien für das Handeln des Stiftungsvorstands zeichnen, nicht aber detaillierte Vorgaben für jeden eventuellen Geschäftsfall. Allzu umfangreiche Regelungen für die Führung der Privatstiftung würden die Geschäftsführungstätigkeit des Vorstands in ein zu starres Korsett kleiden, in dem ein situationsbedingtes Reagieren auf unterschiedliche und außergewöhnliche Situationen unmöglich wäre. Außerdem muss beachtet werden, dass der Stiftungsvorstand nicht zu einem bloßen Vollzugsorgan gemacht werden darf,<sup>61</sup> sondern seine Funktion (im Einklang mit der Stiftungserklärung) eigenständig ausüben können muss. Das dem Stiftungsvorstand grundsätzlich eingeräumte Ermessen kann durch solche Richtlinien daher nicht ersetzt, sondern nur „angeleitet“ werden.<sup>62</sup>

Die Richtlinien der Geschäftsführung für den Vorstand einer Unternehmensträgerstiftung enthalten also zB einen Katalog von Maßnahmen, die zur Verwirklichung des Stiftungszwecks gesetzt werden sollen. UE ist es auch zulässig, dass der Stifter bzw das von ihm mit dieser Aufgabe betraute Organ bestimmte Tätigkeiten der Privatstiftung explizit verbietet. So wird der Stiftungsvorstand idR dazu angehalten sein, Unternehmen(-sbeteiligungen) ertragbringend zu „führen“, um den Stiftungszweck (dh Ausschüttungen an die Begünstigten) zu erfüllen.<sup>63</sup> Die Richtlinien können Vorgaben dazu enthalten, unter welchen Bedingungen Unternehmensbeteiligungen abgestoßen oder erworben werden, in welche sonstigen Anlageformen die Stiftung investieren darf und welche Arten von Geschäften nicht getätigt werden dürfen (zB spekulative oder überdurchschnittlich riskante Wertpapiertransaktionen etc).<sup>64</sup>

Auch hinsichtlich der Ausübung der Gesellschafterrechte in den gehaltenen Unternehmen (-sbeteiligungen) sind Vorgaben an den Stiftungsvorstand möglich und sinnvoll, vor allem,

<sup>56</sup> Vgl *Feltl/Rizzi*, *ecolex* 2010, 56; OGH 6 Ob 49/07k GesRZ 2008, 163 (*Arnold N.*) zur Zulässigkeit einer Bestimmung in der Stiftungsurkunde, mit der einem Beirat die Befugnis zum Erlass einer GO mit einem Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte eingeräumt wurde.

<sup>57</sup> In diesem Fall muss aber zumindest in der Stiftungserklärung ein Verweis auf dieses einen integrierenden Bestandteil der Stiftungserklärung bildende Dokument gemacht werden. Vgl *Briem*, PSR 2010/27 (113).

<sup>58</sup> Vgl *Unger*, Aufsichtsrat aktuell 2013 H 5, 23 f; *Briem*, PSR 2010/27 (113).

<sup>59</sup> *Briem*, PSR 2010/27 (113).

<sup>60</sup> Vgl *Karollus* in FS Reischauer 224, 227; *Karollus/Lukas* (ZfS 2009, 5) lehnen auch ab, dass „Nebendokumente“ zur Auslegung des Stifterwillens herangezogen werden; aA *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 9 Rz 33, der unter gewissen Umständen Absichtserklärungen Bedeutung beimessen will.

<sup>61</sup> Vgl OGH 6 Ob 60/01v RdW 2001, 466; 6 Ob 49/07k GesRZ 2008, 163 (*Arnold N.*); 6 Ob 42/09h GesRZ 2009, 372 (*Hochedlinger*) – der OGH verweist in dieser E auf *Arnold N.*, PSG<sup>2</sup> (2007) § 14 Rz 75.

<sup>62</sup> Vgl *Briem*, PSR 2010/27 (113).

<sup>63</sup> Vgl *Briem*, PSR 2010/27 (113).

<sup>64</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 17 Rz 35.

wenn es sich bei den Unternehmensbeteiligungen nicht um bloße Anlageobjekte handelt, der Stifter daher ein über den bloßen finanziellen Erfolg des bzw der Unternehmen hinausgehendes Interesse hat. Der Stifter kann auf diese Weise seinen persönlichen Vorstellungen über die Unternehmensführung zumindest indirekt zur Geltung verhelfen.<sup>65</sup> Denkbar sind daher Vorgaben betreffend die strategische Linie des Unternehmens bzw der Unternehmensgruppe, gewünschte oder unerwünschte Expansion ins Ausland oder die Aufnahme neuer Geschäftszweige. Der Stifter kann dem Vorstand auch den Auftrag erteilen, gewisse Beteiligungsgesellschaften (zB das traditionsreiche Familienunternehmen) stets mit genügend Kapital auszustatten und allfällige schlechte Ergebnisse auszugleichen.<sup>66</sup>

Richtlinien in der Stiftungserklärung können nur vom Stifter/den Stiftern unter Ausübung des sich vorbehaltenen Änderungsrechts gem § 33 Abs 2 PSG modifiziert werden. Gibt es keinen Änderungsvorbehalt oder ist der Stifter verstorben, kann es für den pflichtbewussten Stiftungsvorstand mitunter schwierig sein, die Vorgaben in der Stiftungserklärung zweckmäßig einzuhalten, wenn sich mittlerweile die Verhältnisse geändert haben. Auch in diesen Fällen ist der Vorstand aber an die Stiftungserklärung gebunden und kann als äußerstes Mittel nur die Änderung der Stiftungserklärung gem § 33 Abs 2 Satz 2 PSG bemühen, was erstens „geänderte Verhältnisse“ voraussetzt<sup>67</sup> und wozu er zweitens die Zustimmung des Gerichts benötigt.<sup>68</sup>

Wird hingegen in der Stiftungserklärung dem Stifter oder einem Organ das Recht eingeräumt, Richtlinien oder eine GO für den Stiftungsvorstand zu erlassen und abzuändern, ist eine Anpassung der Vorgaben wesentlich flexibler handhabbar als die formelle Änderung der Stiftungserklärung, für die ein Notariatsakt und die Eintragung ins Firmenbuch erforderlich sind.<sup>69</sup>

## B. Weisungsbindung und Zustimmungsvorbehalte

### 1. Weisungen

Auch wenn das Handeln des Stiftungsvorstands nicht durch detaillierte Richtlinien vorweg determiniert werden kann bzw darf, ist nach Ansicht von Rsp<sup>70</sup> und Lehre,<sup>71</sup> aber auch nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers<sup>72</sup> die Einrichtung eines „beschränkten Weisungsrechts“ gegenüber dem Stiftungsvorstand zulässig.

Das erlaubte Ausmaß dieser Weisungsbefugnis ist naturgemäß schwer zu beschreiben und einzugrenzen. Regelungen in der Stiftungserklärung, die ein zu umfassendes Weisungsrecht einräumen, sind unwirksam.<sup>73</sup> Ebenso werden Weisungsbefugnisse unzulässig und unwirksam

<sup>65</sup> Vgl *Briem*, PSR 2010/27 (113).

<sup>66</sup> Vgl *Briem*, PSR 2010/27 (113).

<sup>67</sup> Vgl zu diesem Begriff *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 28.

<sup>68</sup> Vgl zu dieser Problematik eingehend *Karollus* in FS Reischauer 236 f.

<sup>69</sup> Vgl *Unger*, Aufsichtsrat aktuell 2013 H 5, 24, der anregt, dass dem Stiftungsvorstand (allenfalls in Zusammenarbeit mit einem Beirat) der Auftrag erteilt wird, in regelmäßigen Abständen die Strategie der Stiftung zu überarbeiten, um so auf die jeweiligen geänderten Verhältnisse und Anforderungen reagieren zu können und den Stiftungszweck bestmöglich umzusetzen. Vgl auch *Briem*, PSR 2010/27 (113).

<sup>70</sup> Vgl OGH 6 Ob 42/09h GesRZ 2009, 372 (*Hochedlinger*).

<sup>71</sup> Vgl für ein großzügiges Verständnis von der Weisungsbefugnis *Feltl/Rizzi*, *ecolex* 2010, 57 f; für ein eingeschränktes Weisungsrecht mit entsprechender Haftungsbefreiung wohl auch *Karollus* in FS Reischauer 222 f; einschränkend hingegen *Briem*, PSR 2010/27 (114); für ein Weisungsrecht nur in „stark eingeschränktem Umfang“ *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 30.

<sup>72</sup> ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP 26 zu § 15.

<sup>73</sup> Vgl OGH 6 Ob 49/07k GesRZ 2008, 163 (*Arnold N.*).

sein, die zu einer Umgehung des im PSG normierten Organgefüges, dh zu einer Umschichtung der den einzelnen Organen zugewiesenen Aufgaben, führen würden. So sind zB die Vertretungsbefugnis des Stiftungsvorstands oder dessen Befugnis zur Änderung der Stiftungserklärung gem § 33 Abs 2 Satz 2 PSG unantastbar.<sup>74</sup>

*N. Arnold* geht von einer stark eingeschränkten Weisungsbefugnis gegenüber dem Stiftungsvorstand aus, die Vertretungshandlungen des Vorstands überhaupt nicht, die Gebarung im Innenverhältnis nur unwesentlich oder in Teilbereichen einschränken darf.<sup>75</sup> *Felt/Rizzi*<sup>76</sup> scheinen hier eine liberalere Ansicht zu vertreten und erachten ein Weisungsrecht in „einigen wenigen, konkret abgegrenzten und in der Stiftungserklärung präzise definierten Angelegenheiten“ als zulässig. Als Beispiele nennen sie ein Weisungsrecht für Vorstandstätigkeiten in einem von mehreren abgrenzbaren Bereichen<sup>77</sup> oder ein auf bestimmte Gattungen von Maßnahmen bezogenes Weisungsrecht.<sup>78</sup> *Micheler*<sup>79</sup> ist ebenso für ein auf bestimmte Bereiche beschränktes Weisungsrecht anderer Organe.

*Kalss/Zollner* differenzieren insofern, als sie zwar dem Stifter ein umfassendes Weisungsrecht zugestehen, bei Begünstigten (bzw von diesen dominierten Organen) jedoch nur punktuelle Weisungsrechte für genau bezeichnete Angelegenheiten als zulässig erachten.<sup>80</sup>

Für *Robert Briem*<sup>81</sup> sind zwar Aufträge und Weisungen in der Stiftungserklärung zulässig (siehe oben); außerhalb dieser sieht er nur eine eingeschränkte Weisungsbefugnis anderer Organe oder Stellen. Er lehnt daher die Möglichkeit von Weisungen in Bezug auf bestimmte Geschäftsarten wie Liegenschafts- und Kreditgeschäfte etc<sup>82</sup> ab und lässt diese nur zu, sofern sie die Gebarung der Privatstiftung nur unwesentlich einschränken.

Unseres Erachtens sind Weisungsbefugnisse, die sich der Stifter vorbehalten oder die er einem Organ zugewiesen hat, eingeschränkt zulässig. Die zulässige Reichweite ist uE gleich zu sehen wie die der Zustimmungsvorbehalte (dazu sogleich). Der von *N. Arnold* grundsätzlich zutreffend aufgezeigte Umstand, dass Weisungsbefugnisse in die Vorstandsautonomie stärker eingreifen als Zustimmungsvorbehalte,<sup>83</sup> ist kein überzeugender Grund, Weisungen nur in sachlich eingeschränkterem Ausmaß zuzulassen. Genauso wie bei Zustimmungsvorbehalten ist es aber erforderlich, den Umfang in der Stiftungserklärung so genau wie möglich zu umschreiben und allenfalls durch eine Generalklausel zu ergänzen (siehe unten in Pkt II.2.).

<sup>74</sup> Vgl *Felt/Rizzi*, *ecolex* 2010, 57.

<sup>75</sup> Ausführlich *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 30.

<sup>76</sup> *Ecolex* 2010, 56 (57).

<sup>77</sup> Dies wäre zB der Fall, wenn die Stiftung einerseits eine Gesellschaft mit einem Hotelbetrieb hält, andererseits Immobilien und Forstgrundstücke besitzt und außerdem über beträchtliches Barvermögen verfügt, das ertragsbringend angelegt wird. Für *Felt/Rizzi* (*ecolex* 2010, 57) wäre eine Weisungsbindung für einen Bereich möglich, der von der hauptsächlichen Stiftungstätigkeit abgrenzbar ist.

<sup>78</sup> Als Beispiele sind Beteiligungserwerb und Veräußerung, Investitionen und Veranlagungen, Kredite, Grundstücksgeschäfte und die Bestellung von Organmitgliedern in Beteiligungsunternehmen genannt.

<sup>79</sup> In *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 14 Rz 10 ff.

<sup>80</sup> Vgl *Kalss/Zollner*, *GesRZ* 2008, 351 (361 f). Als zulässige Eingrenzung für das Weisungsrecht eines Beirates führen *Kalss/Zollner* auch Betragsgrenzen (je nach Größe der Stiftung EUR 200.000,- oder auch weniger) an.

<sup>81</sup> *PSR* 2010/27, 108 (113).

<sup>82</sup> Vgl die Aufzählung von *Felt/Rizzi*, *ecolex* 2010, 56 (57).

<sup>83</sup> *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 36. Der Unterschied liegt in der Intensität des Eingriffs. Während bei einem Weisungsrecht der Befugte eine Geschäftsführungsmaßnahme initiativ und nach eigenen inhaltlichen Vorstellungen gestalten und das Geschäftsführungsorgan zur Umsetzung verpflichten kann, hat der Zustimmungsberechtigte keinen Einfluss auf den Inhalt der ihm vorgelegten Maßnahme. Der Zustimmungsberechtigte kann lediglich die Zustimmung erteilen oder verweigern, aber nicht unmittelbar seine eigenen inhaltlichen Vorstellungen durchsetzen.

Auch bei der Ausführung von Weisungen darf sich der Stiftungsvorstand auf diese nicht „blind verlassen“, sondern muss sie auf Ihre Rechtmäßigkeit mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters überprüfen.<sup>84</sup> Die Grenzen der Weisungsbefugnis bilden das Gesetz und die Stiftungserklärung bzw der dort zum Ausdruck kommende Stifterwille und Stiftungszweck. So hat der Stiftungsvorstand eine rechtswidrige, weil gegen die Ausschüttungssperre von § 17 Abs 2 PSG verstoßende, Weisung nicht zu befolgen.<sup>85</sup> Zu ignorieren hat der Vorstand aber auch Weisungen, die andere Rechtsvorschriften, zB das Strafrecht, oder die Stiftungserklärung verletzen.

## 2. Zustimmungsrechte

Als Kontrollmechanismus für die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands ist auch die Einrichtung von Zustimmungsvorbehalten ein zulässiges Mittel. Das Zustimmungsrecht kann dem Stifter, einem anderen Organ (zB einem mit Begünstigten besetzten Beirat) eingeräumt werden. Auch hier gilt wieder der Grundsatz, dass die Geschäftsführung des Vorstands nicht zu sehr beschränkt, sondern nur in bestimmten Angelegenheiten beeinflusst werden darf. Ein Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäften, der den Vorstand zum bloßen Vollzugsorgan degradieren würde, ist jedenfalls unzulässig.<sup>86</sup> Nach *N. Arnold* wäre eine übermäßige Einschränkung auch dann gegeben, wenn der Stiftungsvorstand in seinem Tagesgeschäft für einen beträchtlichen Teil seiner Aktivitäten eine Zustimmung einholen müsste.<sup>87</sup>

Als Leitlinie kann nach Ansicht einiger Vertreter der Lehre der Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte aus § 95 Abs 5 AktG bzw § 30j Abs 5 GmbHG herangezogen werden.<sup>88</sup> Überzeugender ist es, Zustimmungsrechte von Beiräten oder vergleichbaren Organen in jenem Ausmaß zuzulassen, in dem auch Geschäftsführer einer GmbH nach ganz hM<sup>89</sup> an die vorangehende Zustimmung der Gesellschafter selbst dann gebunden sind, wenn der Gesellschaftsvertrag keine diesbezügliche Beschränkung vorsieht. Das betrifft letztlich alle über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden Geschäfte, also jedenfalls nicht das „Tagesgeschäft“. Damit besteht kein allzu großer Unterschied gegenüber jener Sichtweise, die § 95 Abs 5 AktG bzw § 30j Abs 5 GmbHG als Richtschnur heranzieht. Diese Normen enthalten zweifellos im Wesentlichen „ungewöhnliche“ Geschäfte, wobei aber der gesetzliche Katalog einerseits stark lückenhaft ist und andererseits die Gestaltung der teilweise erforderlichen Betragsgrenzen ja auch Einfluss darauf hat, ob das Geschäft uU noch dem Tagesgeschäft zuzurechnen ist oder nicht. Eine Gestaltung in der Stiftungsurkunde, die nur mit der Generalklausel der „über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden“ bzw „ungewöhnlichen“ Geschäfte arbeitet, wäre freilich nicht nur unklug, sondern uE auch zu unbestimmt und wohl nicht eintragungsfähig. Es ist daher unbedingt anzuraten, den Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte und Maßnahmen so detailliert wie möglich zu gestalten; eine Ergänzung durch die besagte Generalklausel ist aber unbedenklich und auch sinnvoll.

Bedacht werden muss freilich, dass die Beurteilung eines Geschäftes als „über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehend“ in der Unternehmensträgerstiftung die Tatsache

<sup>84</sup> Vgl *Karollus* in FS Reischauer 223.

<sup>85</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 32.

<sup>86</sup> Vgl OGH 6 Ob 49/07k GesRZ 2008, 163 (*Arnold N.*) und 6 Ob 50/07g GesRZ 2008, 163 (*Arnold N.*).

<sup>87</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 38.

<sup>88</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 34; *Briem* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 86 ff mit einem sehr guten Muster für einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte.

<sup>89</sup> Vgl *Doralt P.* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG<sup>2</sup> 273; *Schima G.*, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GesRZ 1999, 100 (106 ff) mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 20 Rz 4.

berücksichtigen muss, dass die wesentlichen Aktivitäten ja in den operativen Unternehmen passieren und nicht in der Stiftung selbst. Deren Vorstand verwaltet bzw führt die Beteiligungen und übt daher in Bezug auf die Beteiligungsunternehmen vor allem die Gesellschafterrechte der Stiftung aus (siehe dazu unten).

Zustimmungsvorbehalte beziehen sich nur auf das Innenverhältnis; ein ohne Zustimmung gesetzter Rechtsakt des Vorstands ist dennoch nach außen hin wirksam<sup>90</sup> (von Fällen der Kollusion abgesehen).

Der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte kann direkt in der Stiftungsurkunde verankert werden (was wegen der eingeschränkten Änderungsmöglichkeit wohl relativ unflexibel ist), oder aber in der Stiftungsurkunde wird die Kompetenz eines Organs/des Stifters festgelegt, einen solchen Katalog zB in Form einer Geschäftsordnung zu erlassen und zu modifizieren.<sup>91</sup> Der OGH hat eine solche Konstruktion ebenfalls für zulässig erachtet.<sup>92</sup>

Betreffend den Vorstand einer Unternehmensträgerstiftung stellt sich die spezielle Frage, ob es zulässig ist, Maßnahmen im Zusammenhang mit den gehaltenen Beteiligungen, wie etwa deren Veräußerung, aber auch die Ausübung von Gesellschafterrechten, generell an die Zustimmung eines Dritten zu binden. Für den Erwerb oder die Veräußerung von Unternehmensanteilen ist dies uE unproblematisch, weil Entscheidungen über umfangreiches Anlagevermögen idR außergewöhnliche Geschäfte sind, die auch in der AG oder GmbH der Zustimmung des Aufsichtsrates unterliegen (vgl § 95 Abs 5 Z 1 oder auch Z 4 AktG bzw § 30j Abs 5 Z 1, 4 GmbHG). Der Stiftungsvorstand wird dadurch nicht über Gebühr im Tagesgeschäft eingeschränkt.<sup>93</sup>

Bei der Bindung der Leitungstätigkeit des Stiftungsvorstands an die Zustimmung Dritter (zB eines mit Begünstigten besetzten Beirates) ist hingegen insofern Vorsicht geboten, als der Tätigkeitsbereich von Unternehmensträgerstiftungen, die „nur“ Unternehmensbeteiligungen halten, wohl hauptsächlich in der Ausübung von Gesellschafterrechten in diesen Beteiligungsgesellschaften besteht.<sup>94</sup> Die Stimmabgabe durch den Stiftungsvorstand als Eigentümervertreter (in General- oder Hauptversammlungen oder per Umlaufbeschluss) daher generell an die Zustimmung eines anderen Organs zu binden, ist wohl unzulässig.<sup>95</sup> Robert

<sup>90</sup> Vgl OGH 6 Ob 49/07k GesRZ 2008, 163 (Arnold N.) mit Verweis auf Arnold N., PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 35.

<sup>91</sup> Vgl Briem in Kalss, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 90.

<sup>92</sup> OGH 6 Ob 49/07k GesRZ 2008, 163 (Arnold N.); 6 Ob 50/07g GesRZ 2008, 163 (Arnold N.), wobei die zu beurteilende Bestimmung in der Stiftungsurkunde dem Beirat die Kompetenz zur nachträglichen Änderung, Erweiterung oder – bei geänderten Umständen – sogar zur Einschränkung des Katalogs zuwies. Vgl dazu krit Briem in Kalss, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 90.

<sup>93</sup> Etwas anderes könnte nur gelten, wenn nach dem Zweck der Privatstiftung die einzelnen Unternehmensbeteiligungen unbedeutend sind und nur als Vermögensveranlagungsobjekte fungieren. Hält also die Privatstiftung eine Vielzahl von (kleineren) Beteiligungen und Aktien und dienen diese nur dazu, das Vermögen der Stiftung ertragreich zu veranlagen, wäre eine Zustimmungsbefugnis für jede einzelne Erwerbs- oder Veräußerungshandlung ein unzulässiger Eingriff in die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands. So etwas würde auch nicht unter § 95 Abs 5 Z 1 AktG fallen, weil dort nur Beteiligungen iSd § 228 UGB gemeint sind, also entweder im Ausmaß von mindestens 20 % oder eine Beteiligung, die dem eigenen Unternehmen durch dauernde Verbindung dienen soll.

<sup>94</sup> Vgl Briem in Kalss, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 88.

<sup>95</sup> In der Praxis ist uns folgende missverständliche Regelung in einer Stiftungszusatzurkunde untergekommen: „Soweit die Stiftung als Eigentümer von Unternehmen und Gesellschaften, an denen sie unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, Gesellschafterrechte in wesentlichen Angelegenheiten, wie zB bei Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, bei Ausübung von Stimmrechten in den Generalversammlungen, bei Änderungen von Grundsätzen der Unternehmenspolitik [...] ausübt, hat der Vorstand der Stiftung vor deren Ausübung den Beirat der Stiftung zu konsultieren.“ Zuerst wird der Zustimmungsvorbehalt bei der Ausübung von Gesellschafterrechten vermeintlich auf „wesentliche Angelegenheiten“ bezogen, diese Einschränkung aber durch die Aufzählung (siehe hervorgehobene Stelle) wieder entwertet, indem anscheinend jede Stimmrechtsausübung in der Generalversammlung der Zustimmung des Beirates unterliegt. Dies wäre

*Briem* schlägt hier vor, ein Zustimmungsrecht nur bei Beschlussgegenständen einzurichten, die in der Beteiligungsgesellschaft mit qualifizierter Mehrheit zu beschließen sind (zB bei der GmbH die Abänderung des Gesellschaftsvertrages mit Dreiviertel-Mehrheit).<sup>96</sup> Auch die Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführung einer GmbH (vgl § 20 Abs 1 GmbHG), an der die Stiftung beteiligt ist, bildet einen typischen Teil der Gesellschafterrechte. Da GmbH-Gesellschafter sogar Angelegenheiten des Tagesgeschäfts mit Beschluss an sich ziehen und den Geschäftsführern hierüber Weisungen erteilen können,<sup>97</sup> wäre uE auch bei der Beschlussfassung über Weisungen an Geschäftsführer einer Beteiligungsgesellschaft eine generelle Bindung des Stiftungsvorstands an die Entscheidung eines anderen Organs zu weit gefasst und unzulässig.

Geht man im oben dargelegten Sinne davon aus, dass den Stiftungsvorstand bindende Zustimmungsrechte zB eines Beirates bei „ungewöhnlichen Geschäften“ (vor deren Durchführung auch die Geschäftsführer einer GmbH die Gesellschafter eigeninitiativ fragen müssen) zulässig verankert werden können, dann muss es bei der Unternehmensträgerstiftung letztlich darauf ankommen, ob das konkrete Geschäft in der operativen Gesellschaft für diese oder zumindest für die Unternehmensgruppe als über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehendes Geschäft anzusehen ist. Da Beteiligungsunternehmen in Unternehmensträgerstiftungen primär in der Rechtsform von GmbHs geführt werden, unterliegen ungewöhnliche Geschäfte der Beteiligungsgesellschaften nach hA jedenfalls und unabhängig von der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages der vorangehenden Zustimmung des Stiftungsvorstandes (unterstellt man eine 100%ige Beteiligung der Stiftung).<sup>98</sup> An die Zustimmung eines (Begünstigten-)Beirates in der Stiftung könnte vor diesem Hintergrund daher vor allem die Ausübung des Zustimmungsrechtes des Stiftungsvorstandes als Gesellschaftervertreter in jenen Angelegenheiten geknüpft werden, die für die Beteiligungsgesellschaft ein ungewöhnliches und daher der Gesellschafterzustimmung unterliegendes Geschäft sind. Da es richtigerweise aber auf die Bedeutung des Geschäftes *für die Stiftung* anzukommen hat, können Geschäfte in einer zB kleinen und unbedeutenden Beteiligungsgesellschaft, die zwar für diese, nicht aber im Rahmen der von der Stiftung geleiteten Unternehmensgruppe ungewöhnlich sind, wohl nicht an die Zustimmung eines Stiftungs-Beirates gebunden werden.<sup>99</sup>

Vor allem bei Familienunternehmen oft gewünscht und uE auch zulässig ist ein Zustimmungsrecht (zB eines Beirates; zu dessen Zusammensetzung siehe sogleich) bei Beschlüssen, mit denen Organmitglieder in Beteiligungsunternehmen bestellt oder abberufen werden. Derartige Entscheidungen stehen bei Beteiligungsgesellschaften wohl nicht täglich an, und eine Zustimmungspflicht in diesen Angelegenheiten würde den Stiftungsvorstand in der Ausübung der Gesellschafterrechte bzw seines Tagesgeschäftes nicht über Gebühr einschränken.

uE auch in der konkreten Situation eine unzulässige Beeinträchtigung des Tagesgeschäftes des Stiftungsvorstands gewesen, da sich das Vermögen der Privatstiftung auf die Beteiligung an einem einzigen Unternehmen beschränkte.

<sup>96</sup> Vgl *Briem* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 88.

<sup>97</sup> Vgl *Arnold N./Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 20 Rz 25 mwN.

<sup>98</sup> Ist die Stiftung nur mehrheitsbeteiligt, dann hat der Stiftungsvorstand natürlich eine Abstimmung in einer Generalversammlung oder im Umlaufwege nach § 34 GmbHG herbeizuführen, deren Ergebnis die Stiftung letztlich bestimmt.

<sup>99</sup> Vgl auch *Briem* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 87.

### 3. Befugnisse von Begünstigten-Beiräten in der Stiftung oder in Beteiligungsunternehmen

Die oben näher skizzierten Zustimmung- und Weisungsrechte kann der Stifter durch Verankerung in der Stiftungserklärung nicht nur sich selbst vorbehalten, sondern diese auch einem anderen Organ, meist einem Beirat, einräumen. Die Einrichtung eines mit Begünstigten besetzten Beirats wird in der Regierungsvorlage zur Stammfassung des PSG sogar als „Paradebeispiel“ dafür angeführt, wie der Stifter den Begünstigten (trotz der Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 15 Abs 2 PSG) eine gewisse Mitbestimmung in der Privatstiftung sichern kann.<sup>100</sup> Ein mit Zustimmungsrechten ausgestatteter Beirat muss Organstellung haben,<sup>101</sup> was voraussetzt, dass die Einrichtung des Beirats und seine Befugnisse gem § 9 Abs 2 Z 4 iVm § 10 Abs 2 PSG in der Stiftungsurkunde geregelt sind.<sup>102</sup>

Bei der Zuweisung von Kompetenzen an sonstige Organe gem § 14 Abs 2 PSG darf der Stifter das Organgefüge des PSG nicht umgehen. Das bedeutet zB, dass zur Geschäftsführung und Vertretung, also zur direkten Umsetzung des Stiftungszwecks, nur der Vorstand befugt ist.<sup>103</sup> Dieser hat die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eigenständig auszuüben, so dass für weitere Organe nur beratende und kontrollierende Kompetenzen übrig bleiben.<sup>104</sup>

Der zulässige Umfang von Weisungs- und Zustimmungsbefugnissen wurde oben schon erörtert. Besonderes Augenmerk muss bei der Übertragung dieser Befugnisse auf einen Beirat jedoch bei dessen Zusammensetzung gelegt werden. Nach der Rsp dürfen nämlich mehrheitlich mit Begünstigten besetzte Beiräte nicht jede Art von Kontroll- und Überwachungsmaßnahme ausüben:

#### a) Zusammensetzung eines Begünstigten-Beirates in der Stiftung

Bei der Zusammensetzung eines sonstigen Organs gem § 14 Abs 2 PSG hat der Stifter grundsätzlich freie Hand.<sup>105</sup> Die Befugnisse (insbesondere zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern) von mehrheitlich mit Begünstigten besetzten Beiräten wurden im Schrifttum in den letzten Jahren als Reaktion auf die „Beiratsentscheidung“ des OGH<sup>106</sup> heftig diskutiert.<sup>107</sup> Als Antwort auf diese Kontroversen, auf die hier wegen der bereits bestehenden umfassenden wissenschaftlichen Aufarbeitung des Themas nicht näher eingegangen wird, novellierte der Gesetzgeber mit dem BudgetbegleitG 2011<sup>108</sup> einige Bestimmungen des PSG und verfügte somit in Bezug auf manche Streitfragen die erhoffte Klarstellung.<sup>109</sup> Betreffend die „weiteren Organe“ der Privatstiftung schreibt § 14 Abs 4 PSG nun vor, dass bei Entscheidungen eines solchen Organs über die Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands ohne wichtigen

<sup>100</sup> Vgl ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP 26 zu § 15.

<sup>101</sup> Dieser Zusammenhang gilt gleichzeitig auch im umgekehrten Sinn, weil erst durch die Betrauung mit Kontroll- und Überwachungsaufgaben und/oder Möglichkeiten zur Beeinflussung des Stiftungsvorstands ein Gremium Organqualität iSd PSG (mit den damit zusammenhängenden Rechten) erlangt. Vgl Dazu ausführlich *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 15 ff.

<sup>102</sup> OGH 6 Ob 291/02s GesRZ 2003, 103; vgl *Feltl/Rizzi*, *ecolex* 2010, 58 f; *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 14c, 18.

<sup>103</sup> Generell dürfen in der Stiftungserklärung nicht die den einzelnen Organen per Gesetz zwingend zugewiesenen Aufgabenbereiche verändert oder eingeschränkt werden, vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 28.

<sup>104</sup> Vgl ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP 26 zu §§ 14 und 15.

<sup>105</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 63 mwN.

<sup>106</sup> OGH 6 Ob 42/09h GesRZ 2009, 372 (*Hochedlinger*).

<sup>107</sup> Vgl für eine Übersicht *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 76c.

<sup>108</sup> BGBl I 2010/111.

<sup>109</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 76e; zur Novelle im Allgemeinen und hinsichtlich der erhofften Klarstellung durch den Gesetzgeber kritisch *Briem*, PSR 2011/3, 6 (7 f).

Grund iSd § 27 Abs 2 PSG den Begünstigten (bzw deren Angehörigen oder von diesen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragten Personen, vgl § 15 Abs 2 und 3a PSG) nicht die Mehrheit der Stimmen zukommen darf.

Der Gesetzgeber stellte in den erläuternden Bemerkungen zu Regierungsvorlage ausdrücklich klar, dass die Novellierung von § 14 PSG nichts daran geändert habe, dass weitere Organe grundsätzlich mit einer beliebigen Anzahl an Begünstigten besetzt werden können, und dass diesen Organen weiterhin die Befugnis zur Bestellung und Abberufung aus wichtigem Grund, sowie Zustimmungsrechte zu Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands eingeräumt werden könnten.<sup>110</sup>

Nichtsdestoweniger blieb der OGH<sup>111</sup> auch nach der Novelle bei seiner Rsp, nach der ein Beirat mit über Kontroll- und eingeschränkte Weisungsrechte „weit“ hinausgehenden Kompetenzen<sup>112</sup> „aufsichtsratsähnlich“ sei, sodass auf ihn auch die Besetzungs- bzw Unvereinbarkeitsbestimmungen für den Aufsichtsrat gem § 23 Abs 2 PSG analog anzuwenden wären.<sup>113</sup> Die Aufsichtsratsähnlichkeit eines Organs iSd § 14 Abs 2 PSG bemisst sich nach dem in § 25 Abs 1 PSG dem Aufsichtsrat zugewiesenen Aufgabenkreis,<sup>114</sup> zu dem auch (per Verweis auf § 95 Abs 5 Z 1, 2, 4–6 AktG) Zustimmungsrechte für Geschäftsführungsmaßnahmen gehören. Sobald also einem Organ derartige Zustimmungsrechte betreffend Geschäftsführungsmaßnahmen eingeräumt werden und diese nicht nur völlig untergeordneter Natur sind, ist auf der Grundlage der vom OGH vertretenen Meinung wohl davon auszugehen, dass ein aufsichtsratsähnliches Organ iSd Rsp vorliegt und dessen Mitglieder daher maximal im Ausmaß der Hälfte Begünstigte oder ihnen gleichgestellte Personen (vgl § 23 Abs 2, 2. Satz PSG) sein dürfen.<sup>115</sup>

Um nun angesichts dieser (wenngleich fragwürdigen) Rsp „auf der sicheren Seite“ zu sein, sollte ein Beirat mit „aufsichtsratsähnlichen“ Funktionen, dh mit Weisungs- oder Zustimmungsrechten für bestimmte Geschäfte, nicht mehrheitlich mit Begünstigten etc besetzt sein.<sup>116</sup>

Für *Csoklich* ergibt sich aus dieser Entscheidung des OGH im Gegenzug aber auch – zu Recht – zumindest die Zulässigkeit, den Stiftungsvorstand bei sämtlichen in § 95 Abs 5 AktG aufgezählten Geschäften an die Zustimmung eines anderen Organs zu binden.<sup>117</sup> Auch bei einem AG-Vorstand zweifle niemand an dessen Unabhängigkeit, nur weil er bei bestimmten Geschäften die Genehmigung des Aufsichtsrats einholen müsse.

Wie oben dargelegt, ist gegen einen an § 95 Abs 5 AktG bzw § 30j Abs 5 GmbHG angelehnten und gegebenenfalls an die Verhältnisse der jeweiligen Stiftung angepassten Katalog

<sup>110</sup> ErläutRV 981 BlgNR 24. GP 67 f.

<sup>111</sup> OGH 6 Ob 139/13d PSR 2013/42, 175 (krit *Csoklich*).

<sup>112</sup> In OGH 6 Ob 139/13d bestanden diese Kompetenzen aus einem Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte (iSd § 25 Abs 1 PSG iVm § 95 Abs 5 AktG) und der Befugnis, die Vergütung des Stiftungsvorstands festzulegen; in OGH 6 Ob 42/09h waren es die Bestellung und Abberufung des Vorstands aus „wichtigen“, aber nicht genau § 27 Abs 2 Z 1–3 PSG entsprechenden Gründen, weitreichende Kontrollrechte, ein bestimmtes Weisungsrecht gegenüber dem Stiftungsprüfer, Zustimmungsrechte iSd § 25 Abs 1 PSG iVm § 95 Abs 5 AktG bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens sowie bei der Bestimmung der Begünstigten und der Ausschüttungen an diese.

<sup>113</sup> Kritik zu dieser E bei *Cerha* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 1 (8 ff); *Csoklich*, PSR 2013/42 (Entscheidungsbesprechung).

<sup>114</sup> Vgl OGH 6 Ob 49/07k GesRZ 2008,163 (*Arnold N.*); 6 Ob 42/09h GesRZ 2009, 372 (*Hochedlinger*).

<sup>115</sup> Vgl *Briem*, PSR 2010/27 (114).

<sup>116</sup> Zur Qualifikation von „unabhängigen“, dh nicht von Begünstigten beauftragten und somit diesen gleichgestellten Beiratsmitgliedern vgl *Briem* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 74 ff.

<sup>117</sup> *Csoklich*, PSR 2013/42 (180) (Entscheidungsbesprechung).

zustimmungspflichtiger Geschäfte rechtlich nichts einzuwenden, sondern müsste es richtigerweise sogar zulässig sein, den Stiftungsvorstand einer (Unternehmensträger-)Stiftung generell bei der Vornahme von über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden Geschäften und Maßnahmen an eine Beiratszustimmung zu binden.

### **b) Begünstigten-Beirat in Beteiligungsunternehmen**

Angesichts der anhaltenden „begünstigtenfeindlichen“ Rsp des Obersten Gerichtshofs und der dadurch herrschenden Rechtsunsicherheit über die zulässige Zusammensetzung von Kontrollorganen und deren Befugnisse in der Privatstiftung müssen Alternativen für die Mitbestimmung durch Begünstigte gesucht werden. Eine Möglichkeit, mit der die Unsicherheiten des Stiftungsrechts umgangen werden können, ist die Verlagerung des Begünstigtenbeirats von der Stiftung in die Beteiligungsgesellschaft(en).<sup>118</sup>

Die Zulässigkeit des Beirats richtet sich dann nach Gesellschaftsrecht; die Begünstigten der Privatstiftung können so Einfluss auf die Führung des Unternehmens ausüben und damit indirekt auf den wirtschaftlichen Erfolg der Privatstiftung und folglich auf die ihnen gewährten Zuwendungen einwirken. Die Mitbestimmungsrechte des Beirats werden im Gesellschaftsvertrag oder in einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung verankert und bestimmte Geschäfte dessen Zustimmung unterworfen.<sup>119</sup>

Eine noch unmittelbarere Beeinflussung der Geschicke von zum Stiftungsvermögen gehörenden Unternehmen(-sbeteiligungen) ist gewährleistet, wenn Begünstigte (die meist der Unternehmerfamilie angehören) Organmitglieder von Vertretungsorganen der Beteiligungsgesellschaften sind. Auch solche Vorkehrungen können in der Stiftungserklärung getroffen werden, indem dem Vorstand bei der Ausübung der Gesellschafterrechte in Fragen der Besetzung der Vertretungsorgane zB die Vorgabe gemacht wird, Mitglieder der Unternehmerfamilie(n) bei entsprechender Eignung und Interesse vorrangig zu Organmitgliedern zu bestellen.

In jedem Fall hat der Stiftungsvorstand die Beteiligungsunternehmen weiterhin zu überwachen und zur Erfüllung des Stiftungszwecks nötigenfalls mittels Ausübung der Gesellschafterrechte einzugreifen.<sup>120</sup> Die Existenz eines Begünstigtenbeirates oder die Geschäftsführung durch Begünstigte in Beteiligungsunternehmen ändern nichts an dieser Verpflichtung.

## **4. Folgen des Verstoßes gegen Weisungen oder Zustimmungsvorbehalte**

Oben wurde erörtert, dass der Stiftungsvorstand auch bei (dem Umfang nach grundsätzlich zulässigen) Weisungen oder Zustimmungsvorbehalten diese nicht ungeprüft befolgen bzw die Verweigerung einer gebotenen Zustimmung nicht widerspruchlos hinnehmen darf. Der Stiftungsvorstand hat vielmehr mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters (vgl § 17 Abs 2 PSG) die Maßnahmen auf ihre Konformität mit der Stiftungserklärung und den gesetzlichen Vorschriften hin zu überprüfen.<sup>121</sup> Gesetzwidrige Maßnahmen darf er trotz Weisung oder erteilter Zustimmung nicht ausführen.<sup>122</sup> Auch eine Weisung des/der Stifter(s), die den Bestimmungen der Stiftungserklärung zuwiderläuft, darf der Vorstand nicht ausführen, selbst wenn der/die Stifter sich das Änderungsrecht gem § 33 Abs 2 PSG vorbehalten hat/haben. Selbst der Stifter kann hier die Stiftungserklärung nicht formlos durchbrechen,

<sup>118</sup> Vgl zu dieser Konstruktion *Briem*, PSR 2010/27 (114 f).

<sup>119</sup> Vgl *Briem* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 93 f.

<sup>120</sup> Vgl *Karollus* in FS *Reischauer* 238f; *Briem* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 93 f.

<sup>121</sup> Vgl *Karollus* in FS *Reischauer* 223.

<sup>122</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 32, 39.

sondern muss den (formell aufwendigen) Weg gem § 33 Abs 2 PSG gehen, um den Stiftungsvorstand verpflichten zu können.<sup>123</sup> Dass die Realität in vielen Stiftungen anders aussieht, ist klar.

Während eine berechtigte Verweigerung der Durchführung von Weisungen oder vom Beirat genehmigter Maßnahmen daher rechtmäßig ist, verwirklicht der Stiftungsvorstand bei unberechtigter Missachtung eine Pflichtverletzung, die zur Abberufung aus dem Mandat und allenfalls zur Haftung für der Stiftung daraus entstandene Schäden führen kann.<sup>124</sup>

Abgesehen von diesen (stiftungsinternen) Folgen eines Verstoßes gegen Weisungen und Zustimmungsvorbehalte stellt sich die Frage nach deren Wirkungen nach außen: Werden die Geschäftsführer einer Beteiligungsgesellschaft, wenn sie eine Weisung des den Alleingesellschafter repräsentierenden Stiftungsvorstands (bzw eine Weisung der Gesellschafterversammlung, wenn die Stiftung nicht Alleingesellschafter ist) befolgen, gegenüber der Gesellschaft iSd § 25 Abs 5 GmbHG auch dann haftungsfrei, wenn der Stiftungsvorstand sich über eine in der Stiftungssatzung vorgesehene Zustimmung des Beirates hinweggesetzt oder diese gar von vornherein nicht eingeholt hat?

Diese Frage ist uE mit Ja zu beantworten, es sei denn, die Geschäftsführer wüssten von dem Verstoß des Stiftungsvorstands und nützten diesen Umstand sogar aus (vergleichbar mit der Kollusion von Vertreter und Vertragspartner bei Rechtsgeschäften<sup>125</sup>). Denn der Stiftungsvorstand vertritt die Privatstiftung nach außen, Zustimmungsvorbehalte berühren jedoch nur das Innenverhältnis.<sup>126</sup> Wenn auch die Stimmabgabe in einer Generalversammlung vielleicht kein Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinn ist, so ist sie zumindest ein Vertretungsakt, und die Erklärungsempfänger der Willenserklärung der Privatstiftung (bei Weisungen und Generalversammlungsbeschlüssen also die Geschäftsführer der Beteiligungsgesellschaft) dürfen auf die Vertretungsbefugnis des Vorstands vertrauen.

## 5. Änderungsrecht oder -pflicht des Stiftungsvorstands nach § 33 Abs 2, 2. Satz PSG?

Was hat zu geschehen, wenn der Stiftungsvorstand für eine im Interesse der Privatstiftung notwendige Maßnahme die Genehmigung eines Organs einzuholen verpflichtet ist, das zustimmungsbefugte Organ jedoch „entscheidungsunfähig“ ist und die Zustimmung nicht erteilt? Dieser Frage widmete sich *Zollner* in seinem Vortrag bei der Tagung zum 20-jährigen Jubiläum des Privatstiftungsgesetzes.<sup>127</sup> Die Lösung, die *Zollner* für diese Fälle vorsieht, ist einigermaßen überraschend und wurde vom Erstautor in der an den Vortrag anschließenden Diskussion auch kritisch hinterfragt. *Zollner* ist der Ansicht, dass bei mangelnder Zustimmung des dazu befugten Organs der Stiftungsvorstand die Maßnahme auch ohne Zustimmung durchführen könne, ohne eine Pflichtverletzung zu begehen. Er leitet dies aus § 33 Abs 2, 2. Satz PSG ab, wonach der Stiftungsvorstand nicht nur das Recht, sondern in bestimmten Fällen eben auch die Pflicht hätte, die Stiftungserklärung zur Wahrung des Zweckes der Privatstiftung abzuändern.<sup>128</sup> Dem kann nur eingeschränkt zugestimmt werden: „Entscheidungsunfähigkeit“ liegt sicher nicht vor, wenn die Beirats- bzw Organmitglieder der Maßnah-

<sup>123</sup> Vgl dazu *Karollus* in FS Reischauer 223 f.

<sup>124</sup> Vgl *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 40; vgl zur Haftung auch eingehend *Karollus* in FS Reischauer 209.

<sup>125</sup> Vgl *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup> (2005) § 1017 Rz 13.

<sup>126</sup> Vgl OGH 6 Ob 49/07k GesRZ 2008,163 (*Arnold N.*); *Arnold N.*, PSG<sup>3</sup> § 14 Rz 35.

<sup>127</sup> Veranstaltet am 23. September 2013 vom Institut für Zivil- und Unternehmensrecht und dem Verband österreichischer Privatstiftungen.

<sup>128</sup> Vgl die schriftliche Version des Vortrags: *Zollner* in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts 41 (48 ff).

me mehrheitlich keine Zustimmung erteilen, mag diese Entscheidung auch noch so (wirtschaftlich) unvernünftig sein. Die zur Ausübung des Änderungsrechts gem § 33 Abs 2, 2. Satz PSG erforderlichen „geänderten Verhältnisse“ liegen wohl auch dann nicht vor, wenn sich das Organ zB wegen Unstimmigkeiten, Familienfehden oder aus sonstigen Gründen längere Zeit nicht zur Beschlussfassung in der nach den jeweiligen Bestimmungen erforderlichen Zusammensetzung (Anwesenheits- und Beschlussquoren) zusammenfindet.

Lediglich in den (ausgerissenen) Fällen, in denen ein zustimmungsbefugter Beirat (zB wegen Todes einiger Mitglieder) nicht mehr handlungsfähig ist, die Beiratsmitglieder aus irgendwelchen Gründen nicht nachbesetzt werden, die dem Beirat eingeräumten Zustimmungsrechte aber so unbedeutend sind, dass der Beirat dadurch nicht Organqualität iSd § 14 Abs 2 PSG erlangt und die Nachbesetzungskompetenz des Gerichts (gem § 27 Abs 1 PSG) daher nicht greift, kann von einer „Entscheidungsunfähigkeit“ und derart geänderten Verhältnissen gesprochen werden, die den Vorstand zu einer Änderung der Stiftungserklärung gem § 33 Abs 2, 2. Satz PSG berechtigen. Davon muss aber erst das Gericht überzeugt werden.

Franz Helbich wäre am 27. 9. 2014 90 Jahre alt geworden. Aus diesem Anlass würdigen die Autoren der Gedenkschrift aus unterschiedlichen Bereichen der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft mit ihren Beiträgen das Lebenswerk von Franz Helbich.

Die Beiträge befassen sich mit aktuellen Fragen hauptsächlich aus jenen beiden Rechtsgebieten, mit denen sich Franz Helbich während seines Berufslebens als Wissenschaftler und als Rechtsanwalt intensiv auseinandergesetzt und deren Entwicklung er (mit-) geprägt hat, dem Privatstiftungsrecht und dem Umgründungsrecht.

Die Gedenkschrift ist in drei Kapitel geteilt:

- Der allgemeine Teil enthält Beiträge zum zwischenstaatlichen Steuerrecht und zum Umsatzsteuerrecht.
- Der Stiftungsteil enthält sowohl Beiträge zum Privatstiftungsrecht, wie beispielsweise über die Aktivitäten von Franz Helbich zur Entwicklung des Privatstiftungsrechtes, die Begünstigtenstellung und die Substiftung, als auch steuerrechtliche Stellungnahmen, und einen Beitrag über die Beziehung zu liechtensteinischen Stiftungen.
- Der Umgründungsteil enthält unter anderem Vorschläge zu Verbesserungen des Umgründungssteuerrechtes und Stellungnahmen zur Earn-Out-Problematik, zu den Ausschüttungsfiktionen und zum Gestaltungsmissbrauch.

#### **Die Herausgeber:**

- Dr. Elisabeth König
- Dr. Eberhard Wallentin
- Prof. Dr. Werner Wiesner

