

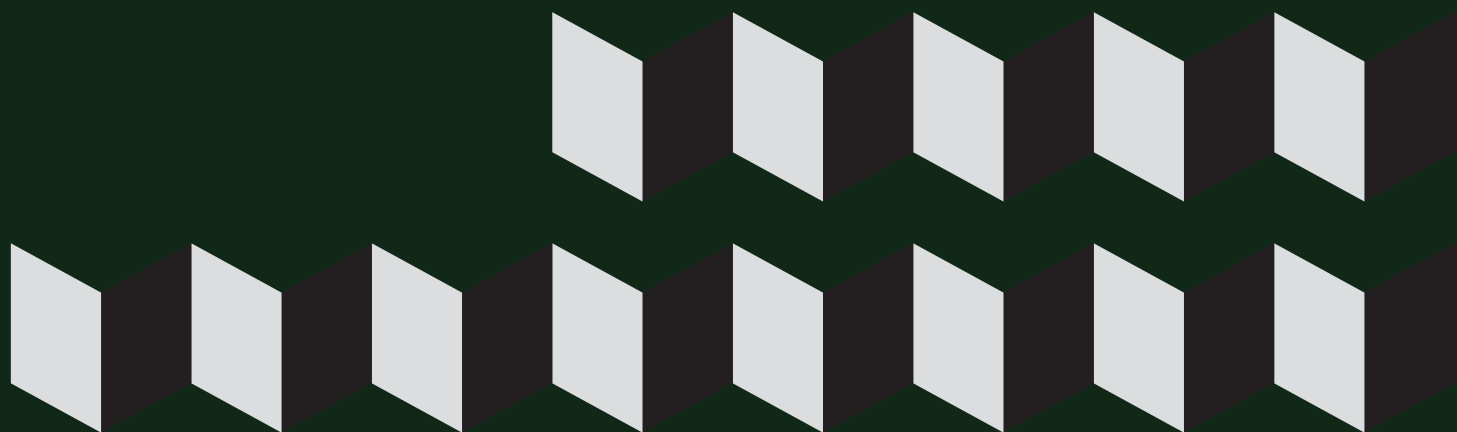


Die Privatstiftung

Nationales und internationales Stiftungsrecht

Schriftleitung

Georg Kodek, Christian Ludwig, Johannes Zollner



108 | Beiträge

Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen

Robert Briem

128 |

Der ertragsteuerrechtliche Durchgriff durch eine österreichische oder liechtensteinische Privatstiftung

Michael Tanzer

137 | Rechtsprechung

Anfechtung von Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung

Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen^{*)}

PSR 2010/27

§ 1 Abs 2,
§ 17 Abs 2,
§ 22 Abs 1 Z 2
PSG

unternehmerisches
Ermessen;
Business
Judgement Rule

Die Stiftung steht zunehmend auch als Rechtsform auf dem Prüfstand, ob sie für die Funktion als mittelbarer Unternehmensträger geeignet ist. Dabei stehen die Fragen, ob und auf welche Weise unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen getroffen werden können sowie ob ein haftungsfreier Ermessensspielraum für Vorstandsentscheidungen besteht, im Vordergrund.

Von Robert Briem

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Zum Begriff „unternehmerische Entscheidungen“
 - 1. Der Begriff
 - 2. Der Entscheidungsträger
- C. Zum Verbot der umfassenden Konzernleitung und zur Aufsichtsratspflicht nach § 22 PSG
 - 1. Zum Verbot unmittelbarer unternehmerischer Tätigkeit
 - 2. Zur Konzernleitung
 - 3. Zur Aufsichtsratspflicht nach § 22 PSG
 - 4. Zwischenschaltung einer Holdinggesellschaft
 - 5. Zusammenfassung
- D. Zum unternehmerischen Ermessen
 - 1. Das Ermessen
 - 2. Konkretisierung des Ermessens, insbesondere nach der Business Judgement Rule
- E. Satzungsmäßige Vorkehrungen
 - 1. Stiftungszweck
 - 2. Zulässiger Tätigkeitsbereich
 - 3. Ermessensrichtlinien
 - 4. Aufträge, Weisungen
 - 5. Kontrollinstrumente
- F. Verlagerung der Einflussrechte weg von der Privatstiftung
- G. Schlussbemerkungen

A. Einleitung

Der Privatstiftung eilt der Ruf voraus, dass sie nicht die geeignete Rechtsform für unternehmerische Entscheidungen ist. Dies ist zum einen darin begründet, dass in vielen Stiftungen Angehörige der freien Berufe (Wirtschaftstreuhänder, Notare, Rechtsanwälte) Mitglieder des Stiftungsvorstandes sind und diesen Personen keine Fähigkeit zu unternehmerischen Entscheidungen zugeordnet wird, zum anderen darin, dass die Mitglieder des Stiftungsvorstandes infolge der damit verbundenen Haftungsrisiken oft nicht bereit sind, unternehmerische Risiken einzugehen. Zum Teil wird auch vorgebracht, dass die Stiftungserklärung unternehmerische Entscheidungen gar nicht zulasse und dass sich die Tätigkeit der Privatstiftung rein auf die Verwaltung des ihr gewidmeten Vermögens zu beschränken habe.

Im Folgenden ist zu untersuchen, in welchem Umfang unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen getroffen werden können und welche Vorkehrungen

getroffen werden können, um unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen zu erleichtern.

B. Zum Begriff „unternehmerische Entscheidungen“

1. Der Begriff

Auch wenn es einer Privatstiftung nicht gestattet ist, selbst unternehmerisch tätig zu werden (s unten Punkt C.1.), sind auf Ebene der Privatstiftung dennoch unternehmerische Entscheidungen zu treffen. **Unternehmerische Entscheidungen** im hier verstandenen Sinn sind Entscheidungen, die erhebliche Auswirkungen auf die Vermögens- oder Ertragslage der Privatstiftung haben und bei denen der weitere Geschehensablauf unsicher ist und nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit vorausgesagt werden kann, ob sich die Entscheidung positiver oder negativer als eine andere Entscheidungsmöglichkeit auswirkt.¹⁾ Mit anderen Worten, eine Entscheidung, die kein Risiko beinhaltet, ist keine unternehmerische Entscheidung.²⁾ Prägendes Merkmal einer unternehmerischen Entscheidung im hier verstandenen Sinn ist die damit verbundene Prognose und Einschätzung für die Zukunft, die naturgemäß niemals gewiss sein kann.³⁾ Typische Beispiele für unternehmerische Entscheidungen⁴⁾ in der Privatstiftung sind die Entscheidungen,

→ ob eine Beteiligung angeschafft oder veräußert werden soll, insb die Entscheidung über Übernahmen, Fusionen und Umgründungen im weiteren Sinn,

→ ob einer Gesellschaft, an welcher die Privatstiftung bereits beteiligt ist, Eigen- oder Fremdkapital zugeführt werden soll, oder ob eine Haftung zugunsten einer Beteiligungsgesellschaft übernommen werden

^{*)} Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser im Rahmen des Gutmann Stiftungsdialoogs am 24. 6. 2010 in St. Christoph am Arlberg gehalten hat.

1) Siehe *Schneider*, „Unternehmerische Entscheidungen“ als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgement Rule, DB 2005, 707 (710). Zum Begriff „unternehmerische Entscheidung“ s auch *Gollan*, Vorstandshaftung in der Stiftung (2009) 66–68.

2) *Semler*, Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in FS Ulmer (2003) 627 f.

3) In diesem Sinne könnte man den Begriff der unternehmerischen Entscheidung durch den der „zukunftsbezogenen Entscheidung“ oder den der „Entscheidung unter Unsicherheit“ ersetzen (s *Gollan*, Vorstandshaftung 272 f.). Siehe weiters *Schauer* in *Schauer* (Hrsg), Kurzkommentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht (2009) Art 182 Abs 2 Rz 3.

4) Siehe *Unger*, Sind Stiftungen für die unternehmerischen Herausforderungen der Zukunft gerüstet? Aufsichtsrat aktuell 2007, 10.

soll, insb zur Finanzierung strategischer Investitionen.

Unternehmerische Entscheidungen im hier verstandenen Sinn sind auch im Rahmen einer Vermögensverwaltung zu treffen. Auch Veranlagungsentscheidungen sind regelmäßig mit einer Prognose und Einschätzung für die Zukunft verbunden. Als Beispiel ist die Veranlagung in eine bestimmte Asset-Klasse zu nennen, die der Erreichung eines bestimmten Performance-Ziels dient.

2. Der Entscheidungsträger

Entscheidungsträger ist primär **der Stiftungsvorstand**. Dem Stiftungsvorstand dürfen nach der zwingenden gesetzlichen Anordnung des § 15 Abs 2 PSG Begünstigte oder nahe Angehörige eines Begünstigten nicht angehören. Damit liegt – gleich den Kapitalgesellschaften – der typische **Principal-Agent-Konflikt** vor. Sind jene Personen, welche Träger des wirtschaftlichen Risikos sind (dies sind idR die Gesellschafter, hier die Begünstigten), und die für sie Handelnden (idR die Manager, hier die Mitglieder des Stiftungsvorstandes) nicht ident, so kommt es regelmäßig zu Interessenkollisionen zwischen den Handelnden und denjenigen, in deren Interesse gehandelt werden soll. Wird dieser Begriff meist nur im Rahmen der Corporate Governance⁵⁾ verwendet, so ist er auch geeignet, das Phänomen zu beschreiben, welches bei Privatstiftungen vorliegt. Der Stiftungsvorstand ist Verwalter fremden Vermögens. Rechtlich gehört das Stiftungsvermögen der Privatstiftung, im wirtschaftlichen Sinn ist es den Begünstigten (sowie in gewisser Weise den Letztbegünstigten als endgültige Nutznießer) zuzurechnen. Diese sind Nutznießer aber auch Leidtragende des Handelns des Stiftungsvorstandes.⁶⁾

Die Erfahrung zeigt, dass – trotz zT gegenteiliger Ausnahmen in der Principal-Agent-Lehre – jene Personen, in deren eigenen Vermögen sich das Risiko eines Handelns auswirkt, oft bereit sind, ein größeres Risiko einzugehen als jene, die nur Verwalter fremden Vermögens sind. Darüber hinaus bestehen für die Verwaltung eigenen Vermögens (von krassen Fällen wie zB der Bestellung eines Sachwalters abgesehen) keine Schutzvorschriften. Bildlich gesprochen, darf man eigenes Geld aus dem Fenster hinauswerfen, wenn einem danach ist, nicht hingegen fremdes Geld.⁷⁾

Eine unmittelbar vergleichbare Situation besteht bei Kapitalgesellschaften. Auch die Geschäftsleiter (Geschäftsführer, Vorstand) einer Kapitalgesellschaft sind Verwalter fremden Vermögens. Der wesentliche Unterschied zur Privatstiftung besteht jedoch darin, dass die Gesellschafter auch Geschäftsleiter sein dürfen, die Begünstigten und deren nahe Angehörige jedoch von der Funktion als Mitglied des Stiftungsvorstandes ausgeschlossen sind (§ 15 Abs 2 PSG).

C. Zum Verbot der umfassenden Konzernleitung und zur Aufsichtsratspflicht nach § 22 PSG

1. Zum Verbot unmittelbarer unternehmerischer Tätigkeit

Nach § 1 Abs 2 Z 1 PSG darf eine Privatstiftung keine gewerbsmäßige Tätigkeit ausüben, die über eine bloße

Nebentätigkeit hinausgeht. Hierunter ist jede unmittelbare gewerbsmäßige Tätigkeit iS der GewO zu verstehen. Die Ausübung einer land- und forstwirtschaftlichen Tätigkeit ist hingegen der Privatstiftung gestattet.⁸⁾ Eine unmittelbare unternehmerische Tätigkeit ist der Privatstiftung daher im Regelfall verboten.

Weiters darf nach § 1 Abs 2 Z 2 PSG eine Privatstiftung die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft nicht übernehmen. Hingegen ist es der Privatstiftung sehr wohl gestattet, über Gesellschaftsanteile (ausgenommen die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter an einer eingetragenen Personengesellschaft) **Unternehmensträger-Stiftung** zu sein.

2. Zur Konzernleitung

Aus § 1 Abs 2 Z 1 und 2 PSG ist jedoch abzuleiten, dass eine Privatstiftung keine Konzernleitung ausüben darf, die alle oder zumindest die wichtigsten Sparten der Konzernführung umfasst.⁹⁾ Mit anderen Worten ist der Privatstiftung eine die wesentlichen Leitungsbereiche **umfassende Konzernleitung** nicht gestattet.

Eine weniger intensive Konzernleitung (zB beschränkt auf den Finanzbereich) ist der Privatstiftung hingegen gestattet, führt jedoch zur **Aufsichtsratspflicht** nach § 22 PSG.

Keine Aufsichtsratspflicht besteht hingegen dann, wenn sich die Tätigkeit der Privatstiftung auf die „**Verwaltung der Unternehmensanteile** der beherrschten Unternehmen beschränkt“ (§ 22 Abs 1 Z 2 PSG).

3. Zur Aufsichtsratspflicht nach § 22 PSG

Die Grenzziehung zwischen einer unzulässigen Konzernleitung, einer zulässigen Konzernleitung mit der Rechtsfolge der Aufsichtsratspflicht und der bloßen Anteilsverwaltung ist schwierig.

Als Richtschnur kann gelten: Die bloße Ausübung der Gesellschafterrechte in der Gesellschafterversammlung der Beteiligungsgesellschaft, ohne in die Leitung des Unternehmens einzugreifen, ist unproblematisch. Jede, wenn auch nur geringfügige Einflussnahme auf die Untergesellschaften ist aber bereits mehr als bloße Anteilsverwaltung und erfüllt den Beherrschungstatbestand.¹⁰⁾ Es bedarf jedoch einer tatsächlichen Einfluss-

5) Siehe *Briem*, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12.

6) Denkbar wäre, bei einer Privatstiftung auch den Stifter oder gar den Stiftungszweck als Principal anzusehen (s dazu *Gollan*, Vorstandshaftung 125, 127). Unabhängig davon, wem man die Principal-Rolle zuweist, ist der Stiftungsvorstand jedenfalls als Agent zu beurteilen (s nochmals *Gollan*, Vorstandshaftung 127).

7) In den Erläut zu § 1 PSG (1132 BlgNR 18. GP) wird der Ausschluss der Privatstiftung von einer gewerbsmäßigen Tätigkeit und der Tätigkeit als Geschäftsführer wie folgt begründet: „*Da hinter der Privatstiftung keine Eigentümer stehen, die das Risiko ihrer Tätigkeit tragen, ist es angebracht, der Privatstiftung eine solche – ohnehin untypische – gewerbsmäßige Tätigkeit, aber auch die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft oder die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter in einer Personenhandelsgesellschaft zu untersagen.*“ Dass diese Begründung nicht zwingend ist, ergibt sich daraus, dass auch hinter einer Privatstiftung Personen (die Begünstigten) stehen, welche das Risiko der Tätigkeit der Privatstiftung tragen. Die gesetzgeberische Entscheidung ist jedoch zu akzeptieren.

8) Siehe *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Handbuch des Gesellschaftsrechts (2008) Rz 7/14.

9) Siehe OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 217/05 p GesRZ 2006, 82.

10) OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 217/05 p GesRZ 2006, 82.

nahme. Die bloße Möglichkeit der einheitlichen Leitung oder die bloße Wahrscheinlichkeit einflusskonformen Verhaltens¹¹⁾ ist nicht ausreichend. Weiters ist eine „negative Beherrschung“, also die Fähigkeit bestimmte Entscheidungen zu verhindern, nicht ausreichend, um eine Aufsichtsratspflicht der Privatstiftung zu begründen.¹²⁾ Ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte im Gesellschaftsvertrag oder in einer Geschäftsordnung der Beteiligungsgesellschaft, wonach bestimmte wichtige Maßnahmen (in Anlehnung an § 95 Abs 5 AktG) der Zustimmung der Privatstiftung als Gesellschafterin bedürfen, kann eine Aufsichtsratspflicht der Privatstiftung indizieren, führt jedoch noch nicht notwendigerweise zur Aufsichtsratspflicht. Hinzu muss immer kommen, dass die Privatstiftung tatsächlich Einfluss auf die Geschäftsführung der Untergesellschaft in zentralen Unternehmensbereichen nimmt. Weiters indiziert eine Personenidentität zwischen Stiftungsvorstand und Organen der Beteiligungsgesellschaft eine Beherrschung.

Umfasst der Einfluss der Privatstiftung auch operative Maßnahmen der Beteiligungsgesellschaft, zB Personal-, Investitions- und Produktionspolitik, und geht der Einfluss über bloß strategische (Grundsatz-)Entscheidungen hinaus, so liegt eine unzulässige Konzernleitung vor, welche der Privatstiftung untersagt ist.¹³⁾

4. Zwischenschaltung einer Holdinggesellschaft

Zur Vermeidung einer Aufsichtsratspflicht in der Privatstiftung oder gar einer unzulässigen Konzernleitung durch die Privatstiftung empfiehlt es sich regelmäßig, eine **Holdinggesellschaft** zwischen der Privatstiftung und der (operativen) Beteiligungsgesellschaft anzusiedeln. Dadurch wird jedenfalls eine Aufsichtsratspflicht nach § 22 Abs 1 Z 2 zweiter Fall PSG (Beherrschung) vermieden, weil diese Bestimmung eine Beherrschung auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung der Privatstiftung verlangt. Damit bleibt nur die Möglichkeit einer Aufsichtsratspflicht nach § 22 Abs 1 Z 1 erster Fall PSG (einheitliche Leitung). Die einheitliche Leitung kann auch mittelbar über eine Tochtergesellschaft der Privatstiftung ausgeübt werden. Die Aufsichtsratspflicht nach § 22 Abs 1 Z 1 erster Fall PSG setzt jedoch voraus, dass die Privatstiftung die Leitungsfunktion auch tatsächlich ausübt, die bloße Möglichkeit dazu reicht nicht aus. Anders als nach § 15 Abs 1 AktG reicht schon eine wenig intensive Einflussmöglichkeit in einem bestimmten wichtigen Leitungsbereich (etwa im Finanzbereich) aus, damit eine einheitliche Leitung vorliegt.¹⁴⁾

Übt die Holdinggesellschaft, welche zwischen der Privatstiftung und der operativen Beteiligungsgesellschaft angesiedelt wurde, die Konzernleitung aus, so ist damit noch nicht automatisch eine Aufsichtsratspflicht in der Privatstiftung verbunden.¹⁵⁾ Unter Umständen besteht dann auf Ebene der Holdinggesellschaft eine Aufsichtsratspflicht. Die Mitglieder dieses Aufsichtsrates können jedoch im Unterschied zu einer Privatstiftung von der Gesellschafterversammlung bestellt werden. Bei einer Privatstiftung werden hingegen die Mitglieder des Aufsichtsrates – mit Ausnahme der Mitglieder des ersten Aufsichtsrates, welche bei Errichtung der Privatstiftung bestellt werden – vom Gericht bestellt

(§ 24 Abs 1 PSG). Die Stiftungsurkunde kann nur Vorschlagsrechte für die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrates vorsehen, an welche das Gericht freilich nicht gebunden ist.

Setzen sich die Organe der Holdinggesellschaft (etwa die Geschäftsführer oder die Mitglieder eines Beirates oder Aufsichtsrates) mehrheitlich aus Mitgliedern der Stiftungsorgane zusammen, so kann dies eine Konzernleitung der Privatstiftung indizieren. Die Indizwirkung kann jedoch von der Privatstiftung entkräftet werden. Ein „Aufsichtsrat der Enkelgesellschaften, der den Intentionen der Geschäftsführer der Holdinggesellschaften folgt, die ihrerseits vom Stiftungsvorstand geleitet wird, wäre dann das für die Bejahung des Konzerns maßgebliche Mittel der Konzernleitung. Ob ein solcher, einer Kette von Erfüllungsgehilfen vergleichbarer, Sachverhalt vorliegt, ist allerdings in jedem Einzelfall im Tatsachenbereich zu prüfen.“¹⁶⁾ Die sogenannte „Entherrschungsklausel“, wonach in der Stiftungserklärung bestimmt wird, dass sich die Tätigkeit der Privatstiftung auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen beschränkt, hat ebenfalls nur Indizfunktion und vermag bei tatsächlich ausgeübter Leitung die Aufsichtsratspflicht nicht zu vermeiden.¹⁷⁾

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die bloße Verwaltung der Anteile an einer operativen Beteiligungsgesellschaft ist der Privatstiftung gestattet. Zur Vermeidung einer Aufsichtsratspflicht auf Ebene der Privatstiftung empfiehlt es sich regelmäßig, eine **Holdinggesellschaft** zwischen der Privatstiftung und der (operativen) Beteiligungsgesellschaft anzusiedeln. Die Tätigkeit der Privatstiftung sollte sich auf eine bloße Verwaltung der Gesellschaftsanteile an der Holdinggesellschaft (also insb die Ausübung der Gesellschafterrechte in Gesellschafterversammlungen der Holdinggesellschaft) beschränken. Die Bestellung der Organe der Holdinggesellschaft ist noch unschädlich. Tunlichst sind Regelungen zu vermeiden, wonach bestimmte operative Maßnahmen der Beteiligungsgesellschaft der Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Holdinggesellschaft und damit der Privatstiftung bedürfen. Bei der Besetzung von Organen auf Ebene der Holdinggesellschaft

11) Siehe hierzu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 115 Rz 9, und *Koppensteiner* in *Kölner Kommentar zum AktG* 1/2³ (2010) § 17 Rz 21.

12) Siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 115 Rz 9.

13) Siehe *Zwick*, Die Privatstiftung als Konzernspitze, GeS 2009, 278 (284), welcher in diesem Zusammenhang – anknüpfend an die betriebswirtschaftliche Begriffsbildung – zwischen strategischem, operativem und taktischem Management unterscheidet. Als Beispiel einer unzulässigen Konzernleitung nennt *Zwick* die Entscheidung über die Anschaffung von Fahrzeugen, die Absatzpolitik, die Marketinglinie des Unternehmens oder die Entscheidung über Mitarbeiter des unteren oder mittleren Managementbereichs.

14) Siehe zum Ganzen die Rechtssätze in der OGH-E v 1. 12. 2005, 6 Ob 217/05 p GesRZ 2006, 82.

15) Siehe *N. Arnold*, OGH klärt Aufsichtsratspflicht bei Privatstiftungen, Aufsichtsrat aktuell 2006/2, 16.

16) OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 217/05 p GesRZ 2006, 82.

17) Siehe auch *Koppensteiner* in *Kölner Kommentar zum AktG* 1/2³ § 17 Rz 109, wonach einseitige Entherrschungserklärungen des mehrheitlich beteiligten Unternehmens nicht ausreichen, um die Abhängigkeitsvermutung zu widerlegen, weil diese unverbindlich sind. Im Unterschied dazu sind in einer Stiftungserklärung enthaltene Entherrschungsklauseln sehr wohl verbindlich, können jedoch durch ein satzungswidriges Verhalten widerlegt werden.

ist danach zu trachten, dass diese nicht mehrheitlich aus Stiftungsorganen bestehen.

D. Zum unternehmerischen Ermessen

1. Das Ermessen

Der Stiftungsvorstand hat seine Aufgaben sparsam und mit der **Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters** zu erfüllen (§ 17 Abs 2 Satz 1 PSG). Vergleichbar dem Geschäftsführer (Vorstand) einer Kapitalgesellschaft hat der Stiftungsvorstand bei seinen Entscheidungen einen **Ermessensspielraum**.¹⁸⁾

Gleich dem Geschäftsführer einer GmbH (§ 25 Abs 1 GmbHG) oder dem Vorstand einer AG (§ 84 Abs 1 AktG) schuldet das Mitglied eines Stiftungsvorstandes nicht einen bestimmten Erfolg, sondern nur eine **branchen-, größen- und situationsadäquate Bemühung**.¹⁹⁾ Mit anderen Worten sind vom Mitglied des Stiftungsvorstandes jene Sorgfalt, jene Fähigkeiten und Kenntnisse zu verlangen, die von dem Vorstandsmitglied entsprechend dem Tätigkeitsbereich der Privatstiftung und der Art und Größe des Stiftungsvermögens üblicherweise erwartet werden können. Gleich den Geschäftsführern einer Kapitalgesellschaft erfordert die Tätigkeit des Mitgliedes auch das Eingehen wirtschaftlicher Risiken; die Vorstandsmitglieder besitzen bei ihren Entscheidungen einen Spielraum unternehmerischen Ermessens.²⁰⁾ Unternehmerische Entscheidungen sind naturgemäß etwas anderes als die bloße Vermögensverwaltung, soweit diese mit keiner Prognoseentscheidung verbunden ist. Unternehmerische Entscheidungen im hier verstandenen Sinn (s oben Punkt B.1.) sind jedoch auch einer Privatstiftung und damit dem Stiftungsvorstand gestattet und gegebenenfalls gefordert. Daher dürfen auch von einer Privatstiftung unternehmerische Risiken eingegangen werden. Für die Beurteilung der Zulässigkeit riskanter Geschäfte ist, wie auch sonst, auf die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Risikos und die damit verbundenen Auswirkungen **aus der Sicht ex ante** abzustellen. Maßgebend sind der zulässige Tätigkeitsbereich der Privatstiftung (vergleichbar dem Unternehmensgegenstand einer Kapitalgesellschaft) und der Wille der Stifter (vergleichbar dem Willen der Gesellschafter bei einer Kapitalgesellschaft).²¹⁾ Werden diese Grenzen eingehalten, so ist die gebotene Sorgfaltspflicht gewahrt. Das bloße Fehlschlagen einer unternehmerischen Entscheidung ist noch nicht haftungsbegründend.

2. Konkretisierung des Ermessens, insbesondere nach der Business Judgement Rule

Auch in der Judikatur ist anerkannt, dass bei unternehmerischen Entscheidungen ein **weiter Ermessensspielraum** besteht. Dementsprechend wird in der jüngeren Judikatur eine Haftung der Organwalter nur dann bejaht, wenn die Organwalter ihren Ermessensspielraum „eklatant überschreiten“, eine „evident unrichtige Sachentscheidung“ oder eine „geradezu unvertretbare Entscheidung“ treffen.²²⁾ Als Voraussetzungen für die Zuerkennung des weiten Entscheidungsermessens wird im Schrifttum verlangt,²³⁾ dass

- 1. es sich um eine unternehmerische Entscheidung handelt,
- 2. der Geschäftsführer frei von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen handelt,
- 3. die Entscheidung aus der Sicht ex ante offenkundig dem Wohl der Gesellschaft zu dienen geeignet ist,
- 4. die Entscheidung auf angemessenen Informationen basiert (ohne sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen gibt es kein schutzwürdiges unternehmerisches Ermessen) und
- 5. der Geschäftsführer hinsichtlich der Voraussetzungen zu 2. bis 4. gutgläubig ist.

Diese Kriterien weisen eine große Ähnlichkeit mit der aus dem US-amerikanischen Bereich kommenden **Business Judgement Rule** auf, welche zwischenzeitig in § 93 Abs 1 dAktG sowie in Art 182 Abs 2 des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts (PGR)²⁴⁾ verankert ist.²⁵⁾ Nach § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Auch wenn die Business Judgement Rule in Österreich nicht unmittelbar anwendbar ist, kann sie zur Entwicklung des unternehmerischen Ermessens nutzbar gemacht werden.²⁶⁾ Die Rechtslage ist insoweit der deutschen Rechtslage vor der Änderung des § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG im Jahr 2005 vergleichbar. In der wegweisenden *ARAG-/Garmenbeck-Entscheidung v 21. 4. 1997*²⁷⁾ hat der BGH Folgendes entschieden:

„Bei seiner Beurteilung, ob der festgestellte Sachverhalt den Vorwurf eines schuldhaft pflichtwidrigen Vorstandsverhaltens rechtfertigt, hat der Aufsichtsrat zu berücksichtigen, daß dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muß, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist. Dazu gehört neben dem bewußten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von

18) Siehe N. Arnold, PSG² (2007) § 17 Rz 51, und Kalss/Müller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Handbuch für Erbrecht und Vermögensnachfolge § 25 Rz 196 (in Druck).

19) Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 10, und Kalss/Müller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht § 25 Rz 194 (in Druck).

20) Siehe Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² (1997) Rz 2/306, und Kalss/Müller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht § 25 Rz 194 (in Druck).

21) Siehe Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/325.

22) Siehe die Judikaturmachweise bei Karollus, Gedanken zur Haftung des Stiftungsvorstandes im Zusammenhang mit unternehmerischen Ermessensentscheidungen und mit der Schutzpflicht des Stiftungsvorstandes für die Stiftungs-Governance, in FS Reischauer (in Druck), und Reich-Rohrwig, Wiener Kommentar zum GmbHG 8. Lfg Teil 1 (November 2008), § 25 Rz 36.

23) Siehe Karollus in FS Reischauer (in Druck) und Reich-Rohrwig, Wiener Kommentar zum GmbHG § 25 Rz 38 jeweils mwN.

24) Siehe zur Einführung der Business Judgement Rule im Zuge der am 1. 4. 2009 in Kraft getretenen Totalrevision des liechtensteinischen Stiftungsrechts Hosp in Arnold/Ludwig, Stiftungshandbuch (2010) Rz 2018.

25) Siehe aus rechtsvergleichender Sicht Peter Doralt/Walter Doralt, Rechtsvergleichung und Rezeption in der Managerhaftung, in FS Kozio (2010) 565 (574).

26) Siehe Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/338.

27) II ZR 175/95 BGHZ 135, 244 (253f).

Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er auch noch so verantwortungsbewußt handeln, ausgesetzt ist. Gewinnt der Aufsichtsrat den Eindruck, daß dem Vorstand das nötige Gespür für eine erfolgreiche Führung des Unternehmens fehlt, er also keine „glückliche Hand“ bei der Wahrnehmung seiner Leitungsaufgabe hat, kann ihm das Veranlassung geben, auf dessen Ablösung hinzuwirken. Eine Schadenersatzpflicht des Vorstandes kann daraus nicht hergeleitet werden. Diese kann erst in Betracht kommen, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.“

Mit dieser Entscheidung hat der BGH die Pflicht des Vorstands im Sinne der Business Judgment Rule konkretisiert.²⁸⁾ Die vorstehenden Grundsätze lassen sich auf die Privatstiftung mühelos übertragen. Auch bei Stiftungen sind unternehmerische Entscheidungen zu treffen, für welche ein erheblicher Ermessensspielraum besteht.²⁹⁾ Jede andere Auffassung würde dem Verwaltungsorgan (hier: dem Stiftungsvorstand) ein einer Erfolgshaftung sehr nahe kommendes Unternehmerrisiko aufbürden. Anders gesagt: Ohne eine so verstandene unternehmerische Handlungsfreiheit wäre eine unternehmerische Tätigkeit im Bereich der Fremdvermögensverwaltung nicht möglich.³⁰⁾

Dementsprechend hat der FL-OGH³¹⁾ jüngst entschieden, dass die Einzelheiten wirtschaftlicher Entscheidungen nicht Gegenstand der Stiftungsaufsicht sind. Dies hänge damit zusammen, dass es

„im Wesen unternehmerischer Entscheidungen und der dafür essentiellen Freiheit der Unternehmensführung liegt, dass sich diese zwar im Rahmen des Gesetzes, aber auch innerhalb eines großen Ermessensspielraums bewegen, der einer Überprüfung durch die staatliche Aufsicht weitgehend entzogen ist (LES 2005, 174). Jüngst wurde auch in diesem Sinne darauf hingewiesen (LES 2009, 45), dass die Entscheidung von Treuhändern auf einer angemessenen Informationsgrundlage, frei von Interessenkonflikten und im guten Glauben, dass ihre Entscheidung im besten Interesse des zu verwaltenden Vermögens sind, zu treffen sind (Business Judgment Rule). Dieser Grundsatz ist auf Organe von Stiftungen, die unternehmerische Entscheidungen treffen, anzuwenden.“

Dem österreichischen OGH ist darin beizupflichten, dass die Diskussion über die Business Judgment Rule nichts daran ändert, dass eine Nachprüfung, ob der (bei unternehmerischen Entscheidungen gegebene) Ermessensspielraum überschritten wurde, möglich ist.³²⁾ Kern der Business Judgment Rule ist – sowohl in der Variante des § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG als auch in der des US-amerikanischen corporate und non profit law – der Haftungsfreiraum, also der Freiraum vor gerichtlicher Prüfung.³³⁾ Ein solcher Freiraum vor gerichtlicher Prüfung besteht für den österreichischen Rechtsbereich nicht.³⁴⁾ Dies ändert jedoch nichts daran, dass auch im österreichischen Rechtsbereich, einschließlich des Pri-

vatstiftungsrechts, ein haftungsfreier Ermessensspielraum besteht, welcher nach den Kriterien der Business Judgment Rule konkretisiert werden kann.³⁵⁾

E. Satzungsmäßige Vorkehrungen

Im Folgenden ist zu behandeln, welche satzungsmäßigen Vorkehrungen die Stiftungserklärung treffen kann, um unternehmerisches Handeln in der Privatstiftung zu ermöglichen oder zu erleichtern.

1. Stiftungszweck

Zunächst ist bei den Regelungen über den Stiftungszweck anzusetzen. Wenngleich der Stiftungszweck nur die nach außen wirksame Zielsetzung der Privatstiftung zum Inhalt haben darf (zB Versorgung der Begünstigten),³⁶⁾ wird oft im Rahmen des Stiftungszwecks (ohne dies vom eigentlichen Stiftungszweck zu trennen) auch geregelt, wie der Stiftungszweck erreicht werden soll. So findet sich oft als Stiftungszweck „die Erhaltung und Verwaltung des der Privatstiftung gewidmeten Vermögens“.

Wird der Stiftungszweck derart formuliert, wird daraus regelmäßig abgeleitet, dass der Privatstiftung alle Maßnahmen untersagt sind, die dem Zweck der Erhaltung des Stiftungsvermögens zuwiderlaufen. Das Eingehen unternehmerischer Risiken, die diesem Zweck zuwiderlaufen könnten, wäre hiernach verboten.

Um dieser Gefahr, nämlich der Verhinderung unternehmerischer Entscheidungen auf Ebene der Privatstiftung, vorzubeugen, empfiehlt es sich, von der Aufnahme derartiger Regelungen Abstand zu nehmen.

2. Zulässiger Tätigkeitsbereich

Wenngleich für die Privatstiftung nach herrschender Auffassung die Ultra-vires-Lehre nicht gilt,³⁷⁾ empfiehlt es sich, den zulässigen Tätigkeitsbereich der Privatstiftung in der Stiftungsurkunde ausdrücklich zu umschreiben. Eine weite Formulierung des zulässigen Tätigkeitsbereiches der Privatstiftung lautet wie folgt:

„Die Stiftung ist, soweit in der Stiftungserklärung nicht anderes bestimmt ist und soweit nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen, berechtigt, alle Geschäfte und Maßnahmen vorzunehmen, die zur Erreichung des Stiftungszweckes notwendig oder nützlich erscheinen, insbesondere Zuwendungen entgegen zu nehmen, Verbindlichkeiten einzugehen und Darlehen zu

28) Siehe Gollan, Vorstandshaftung in der Stiftung (2009) 63.

29) Siehe Karollus, Gedanken zur Haftung des Stiftungsvorstandes im Zusammenhang mit unternehmerischen Ermessensentscheidungen und mit der Schutzpflicht des Stiftungsvorstandes für die Stiftungsgovernance, in FS Reischauer (in Druck).

30) Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II^F (2010) §§ 77–84 Rz 98 a.

31) 5. 2. 2010, 10 HG 2008.28 PSR 2010, 97 – Die Business Judgment Rule wurde im Zuge der Totalrevision des liechtensteinischen Stiftungsrechts nunmehr in Art 182 Abs 2 PGR aufgenommen.

32) 8. 5. 2008, 6 Ob 28/08y RdW 2008/594, 649.

33) Gollan, Vorstandshaftung 270.

34) Gleicher Ansicht Peter Doralt/Walter Doralt, Rechtsvergleichung und Rezeption in der Managerhaftung, in FS Koziol (2010) 565, 574.

35) Siehe zur Ausgestaltung der stiftungsrechtlichen Business Judgment Rule im Einzelnen Gollan, Vorstandshaftung 271 ff.

36) Siehe Krejci, Die Kapitalgesellschaft als Stifter (2004) 32.

37) Siehe N. Arnold, PSG² (2007) § 17 Rz 5, und Czoklich/Bollenberger, Kreditaufnahme und Sicherheitenbestellung durch Privatstiftungen, ÖBA 2001, 435, 444.

gewähren, sich an anderen Unternehmen zu beteiligen, das Stiftungsvermögen ganz oder teilweise zu veräußern, sowie bewegliche und unbewegliche, materielle und immaterielle Vermögenswerte jeder Art zu erwerben, zu verwalten, in Bestand zu geben oder in Bestand zu nehmen, zu belasten oder zu veräußern, all dies im In- und Ausland.“

Damit ist jedoch nur geregelt, welche Geschäfte und Maßnahmen unter den zulässigen Tätigkeitsbereich der Privatstiftung fallen. Eine konkrete Richtlinie, wie das damit verbundene Ermessen auszuüben ist, ist damit noch nicht verbunden.

3. Ermessensrichtlinien

Gleich dem Leitbild eines Unternehmens kann auch bei Stiftungen geregelt werden, wie das dem Stiftungsvorstand eingeräumte Ermessen ausgeübt werden soll. Mitunter wird als Anlage zur Stiftungszusatzurkunde im Rahmen eines „**Stiftungsauftrages**“ vorgegeben, wie die Privatstiftung geführt werden soll. Hierin fließen auch sehr persönliche Entscheidungen des Stifters, welcher das Unternehmen aufgebaut hat, ein. ZB wird im Stiftungsauftrag ausdrücklich formuliert, dass der Stifter es als erforderlich erachtet, dass die Privatstiftung nicht nur vermögensverwaltend tätig ist, sondern auch unternehmerische Entscheidungen mit den damit verbundenen Risiken trifft. Auch wenn ein derartiger „Stiftungsauftrag“ die Entscheidung im Einzelfall nicht ersetzen kann, werden damit dem Stiftungsvorstand wichtige Leitlinien für das ihm eingeräumte Ermessen gegeben. Wesentlich ist, dass derartige Erklärungen des Stifters entweder in der Stiftungsurkunde oder in der Stiftungszusatzurkunde enthalten sind. Bloßen „Absichtserklärungen“ oder „Letter of Wishes“, die außerhalb der Stiftungserklärung geregelt werden, kommt keine unmittelbare Bindungswirkung gegenüber dem Stiftungsvorstand zu. Für den Stiftungsvorstand kommt eine Befolgung derartiger Erklärungen nur dann in Betracht, wenn sich die betreffende Maßnahme auch auf der Grundlage der Stiftungserklärung – unter Hinwegdenken der Absichtserklärung – rechtfertigen lässt.³⁸⁾

Noch konkreter wäre, wenn – vergleichbar einer Unternehmensstrategie – auch die **Strategie** der Privatstiftung festgelegt wird,³⁹⁾ also durch welche Maßnahmen die angestrebten Ziele erreicht werden sollen. Das Ziel wird, bezogen auf die Beteiligungsgesellschaft, regelmäßig in der ertragbringenden Führung und im Wachstum des Unternehmens liegen, damit der Stiftungszweck, welcher in der Versorgung der Begünstigten besteht, nachhaltig erreicht werden kann. Eine derartige Regelung muss nicht zwingend in der Stiftungserklärung erfolgen, zumal eine derartige Regelung oft zu starr und nicht flexibel genug wäre. Die Festlegung der Strategie könnte auch durch den Stiftungsvorstand gemeinsam mit dem Stiftungsbeirat erfolgen. Auch damit wären Leitlinien vorgegeben, wie das unternehmerische Ermessen auszuüben ist.

Eher den Zweck, mögliche Haftungsrisiken für den Stiftungsvorstand zu reduzieren, verfolgen folgende Satzungsregelungen:

→ Die Veranlagung des Stiftungsvermögens in Unternehmen, an denen die Stiftung unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, insb durch Zufuhr von Eigen-

oder Fremdkapital, gilt jedenfalls als ordnungsgemäße Veranlagung des Stiftungsvermögens.

→ Die Veranlagung des Stiftungsvermögens in Beteiligungen ist der Stiftung auch dann gestattet, wenn mit dieser Beteiligung erhebliche Auswirkungen auf die Vermögens- oder Ertragslage der Stiftung verbunden sind.

Diese Regelungen reduzieren zwar das Haftungsrisiko für den Stiftungsvorstand, vermögen jedoch inhaltliche Kriterien, nach welchen das dem Stiftungsvorstand eingeräumte Ermessen auszuüben ist, nicht zu ersetzen.

4. Aufträge, Weisungen

Als stärkstes Mittel zur Ermöglichung unternehmerischer Entscheidungen in der Privatstiftung ist noch das Instrument des Auftrages oder der Weisung in Betracht zu ziehen.

Zunächst ist es möglich, dass dem Stiftungsvorstand **im Rahmen der Stiftungserklärung** Aufträge zu einem bestimmten Handeln erteilt werden (s auch oben zum „Stiftungsauftrag“ Punkt E.3.). Ein derartiger Auftrag kann etwa darin bestehen, dass dem Stiftungsvorstand der Auftrag zum Erwerb einer Beteiligung oder zur Zufuhr von Eigen- oder Fremdkapital an eine Beteiligungsgesellschaft erteilt wird.

Das Instrument des Auftrages wird mitunter auch bei der Errichtung von Substiftungen verwendet. Im Regelfall ist die bloße satzungsmäßige Ermächtigung an den Stiftungsvorstand, Substiftungen zu errichten und diesen Substiftungen Vermögen zuzuwenden, nicht ausreichend, um diese Maßnahme zu rechtfertigen. Dies deshalb, da es sich bei Zuwendungen von Vermögenswerten an eine Substiftung immer um einen endgültigen Vermögensabgang handelt, dem kein Vorteil für die Privatstiftung gegenübersteht. Der mittelbare Vorteil liegt nur bei den Begünstigten der Substiftung, die oft mit den Begünstigten der Hauptstiftung (zumindest teilweise) ident sind, nicht jedoch bei der Hauptstiftung.

Das Institut des Auftrages ist jedoch mE nur geeignet, generelle Leitlinien für das unternehmerische Ermessen des Stiftungsvorstandes vorzugeben. Für eine Entscheidung im Einzelfall kann der in der Stiftungserklärung verankerte Auftrag nur als „letztes Mittel“ bezeichnet werden und ist nicht geeignet, fortlaufende unternehmerische Entscheidungen in der Privatstiftung zu ermöglichen.

Damit stellt sich die Frage, ob in der Stiftungserklärung vorgesehen werden darf, dass dem Stifter, einem Stiftungsbeirat oder einer sonstigen Stelle eine **Weisungsbefugnis** eingeräumt wird. Nach den Gesetzesmaterialien steht es dem Stifter frei, einen Beirat mit kontrollierender oder sogar bis zu einem gewissen Grad weisungsgebender Funktion einzurichten.⁴⁰⁾ An einer anderen Stelle der Gesetzesmaterialien heißt es hingegen, dass die Aufgabe weiterer Organe nicht auf die di-

38) *Karollus* in FS Reischauer (in Druck). Zur rechtlichen Bedeutung derartiger Absichtserklärungen s eingehend *Karollus/Lukas*, Zur Durchsetzung der Rechte eines Mitstifters aus der „Absichtserklärung“ der Stifter, ZfS 2009, 4.

39) Auf die Notwendigkeit, eine Stiftungsstrategie festzulegen, weist *Unger*, Aufsichtsrat aktuell 2007, 10, hin.

40) Erläut zu § 15 Abs 2 PSG (1132 BlgNR 18. GP).

rekte Umsetzung des Stiftungszweckes ausgedehnt werden darf und diese Organe nur Kontroll- oder Beratungsorgane sein können.⁴¹⁾ Einhelligkeit besteht darüber, dass ein uneingeschränktes **Weisungsrecht** gegenüber dem Stiftungsvorstand unzulässig ist und auch in der Stiftungsurkunde nicht vorgesehen werden kann. Strittig ist, wie weit ein Weisungsrecht gehen darf.

Nach einer Auffassung darf der Stiftungsvorstand bei der Gebarung der Privatstiftung nur unwesentlich bzw. in Teilbereichen eingeschränkt werden. Nach einer anderen Auffassung dürfen dem Stiftungsvorstand auch umfangreichere Weisungen erteilt werden.⁴²⁾ Nach der Auffassung von *Zollner*⁴³⁾ kann sich ein Stifter auch ein umfassendes Weisungsrecht vorbehalten, wobei der Stiftungsvorstand durch Weisungen des Stifters freilich nicht von seinen Organpflichten entbunden wird. Kommen die Weisungsrechte hingegen einem Begünstigten zu, so können diese Rechte nur insoweit eingeräumt werden, als der objektive Vollzug des ursprünglichen Stifterwillens durch den Stiftungsvorstand nicht gefährdet wird. Einzelne Mitwirkungsrechte von Begünstigten an Maßnahmen, die über das Tagesgeschäft der Privatstiftung hinausgehen, seien daher zulässig.⁴⁴⁾

Wie bereits dargelegt, ist es mE zulässig, dass dem Stiftungsvorstand in der Stiftungserklärung Aufträge und Weisungen erteilt werden. Außerhalb der Stiftungserklärung besteht jedoch auch für den Stifter gleich einem Stiftungsbeirat oder einer sonstigen Stelle **nur eine eingeschränkte Weisungsbefugnis**. Dafür spricht die vom Gesetzgeber intendierte, wenngleich nicht expressis verbis zum Ausdruck kommende Unabhängigkeit des Stiftungsvorstandes.⁴⁵⁾ Der bloße Umstand, dass sich der Stifter auch selbst zum Vorstandsmitglied bestellen kann und damit unmittelbaren Einfluss auf das Vorstandshandeln nehmen kann, ist mE kein Gegenargument, weil der Stifter in diesem Fall in seiner Eigenschaft als Vorstandsmitglied und nicht als Stifter tätig wird.

ME ist der Auffassung der Vorzug zu geben, dass einem Stifter, einem Stiftungsbeirat oder einer sonstigen Stelle – abgesehen von der Mittelverwendung im Rahmen des Stiftungszweckes, also insb der Entscheidung über die Gewährung von Zuwendungen⁴⁶⁾ – nur die Kompetenz zur Erteilung von Weisungen eingeräumt werden kann, die den Stiftungsvorstand bei der Gebarung der Privatstiftung nur unwesentlich einschränkt. Abzulehnen ist daher die Auffassung, dass einem Stiftungsbeirat das Recht eingeräumt werden darf, dem Stiftungsvorstand Weisungen zu erteilen, welche sich auf folgende Geschäfte beziehen: Veräußerung oder Erwerb von Beteiligungen, Investitions- oder Veranlagungsvorhaben, Grundstücks- oder Kreditverträge, Bestellung von Geschäftsführern einer Beteiligungsgesellschaft.⁴⁷⁾

Die Erteilung von Weisungen durch einen Stiftungsbeirat ist daher kein zulässiges Instrument zur Ermöglichung unternehmerischer Entscheidungen bei Stiftungen.

5. Kontrollinstrumente

Regelmäßig ist gewünscht (und mE auch sinnvoll), dass ein **Stiftungsbeirat** eingerichtet wird, dem Kontrollbefugnisse eingeräumt werden. Insbesondere durch einen

Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte wird das dem Stiftungsvorstand eingeräumte Ermessen einer präventiven Kontrolle unterzogen. Zusätzlich zu der Kontrollfunktion hat dieses Konzept den Vorteil, dass der Stiftungsvorstand nach Einholung der Zustimmung des Stiftungsbeirates weiß, dass die jeweilige Maßnahme auch die Zustimmung der Stifterfamilie, deren Interessen regelmäßig durch den Stiftungsbeirat vertreten werden, findet. Die bloße Zustimmung eines anderen Organs zu einer Maßnahme hebt die Haftung des Stiftungsvorstandes zwar nicht auf, kann jedoch zu einer Solidarhaftung der Mitglieder beider Organe führen.⁴⁸⁾ Seit der OGH-Entscheidung vom 5. 8. 2009⁴⁹⁾ haben derartige Zustimmungsrechte zur Folge, dass der Stiftungsbeirat als aufsichtsratsähnlich anzusehen ist und damit § 23 Abs 2 Satz 2 PSG analog anwendbar ist.⁵⁰⁾ Begünstigte und deren nahe Angehörige dürfen nicht die Mehrheit der Mitglieder eines solchen Beirates stellen.

Darüber hinaus kann es sich, je nach Größe der Privatstiftung, empfehlen, **klassische Controllingssysteme** einzurichten. Damit wird zum einen die Transparenz gegenüber den Begünstigten verbessert, zum anderen die Effektivität der Führung durch den Stiftungsvorstand erhöht. Die dafür erforderlichen Instrumente, wie Budget, Soll-Ist-Vergleich, standardisiertes Reporting und standardisierte Investitionsbeurteilung lassen sich mit relativ geringem Aufwand einführen.⁵¹⁾ Bei Unternehmensträger-Stiftungen kann hierbei regelmäßig auf die Ressourcen des jeweiligen Beteiligungsunternehmens zurückgegriffen werden. Eine satzungsmäßige Verankerung derartiger Controllingssysteme ist nicht zwingend erforderlich.

F. Verlagerung der Einflussrechte weg von der Privatstiftung

Das Unbehagen über das Kontrollkonzept der Privatstiftung und insb die jüngere Judikatur des OGH führen dazu, dass immer öfter Gestaltungen gesucht werden, um die Einflussrechte von der Privatstiftung wegzuverlagern. Derartige Gestaltungen können in folgenden Maßnahmen bestehen:

→ 1. Errichtung eines Beirates auf Ebene der Beteiligungsgesellschaft, welcher nicht mehrheitlich aus Mitgliedern von Stiftungsorganen besteht,

41) Erläut zu § 14 Abs 2 PSG (1132 BlgNR 18. GP).

42) Siehe den Meinungsstand bei *N. Arnold*, PSG² § 14 Rz 30.

43) *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung in der Trias von Anstalt, Verband und Vertrag (Habil. WU Wien, 2009) 239, 241 ff.

44) *Zollner*, Privatstiftung 458, 460f.

45) Siehe OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01 v GesRZ 2002, 27; aA *Zollner*, Privatstiftung 458, 460f.

46) Siehe dazu *Torggler*, Stiftungsvorstand und Begünstigte, Gewaltentrennung in Theorie und Praxis, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten und Praxis (2000) 61, 75.

47) AA *Felt/Rizzi*, Zur Zulässigkeit von Weisungsrechten und anderen Kontrollmechanismen gegenüber dem Stiftungsvorstand, *ecolx* 2010, 56 (57), welche eine derartige Weisungsbefugnis als zulässig ansehen.

48) Siehe *Karollus*, in FS Reischauer (in Druck).

49) 6 Ob 42/09h wbl 2009, 562 = *ecolx* 2009, 962 = NZ 2009, 348.

50) Siehe dazu *Briem*, Auswirkungen der jüngsten OGH-Judikatur auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen, PSR 2010, 56.

51) *Unger*, Aufsichtsrat aktuell, 2007, 13.

- 2. Übertragung von Minderheitsanteilen an der Beteiligungsgesellschaft, denen die Stimmrechtsmehrheit zukommt, an die Stifterfamilie,
- 3. Abschluss eines Syndikatsvertrages mit Minderheitsgesellschaftern aus der Stifterfamilie, wonach bei Entscheidungen in der Gesellschafterversammlung primär die Stimmen der Stifterfamilie maßgeblich sind.

Die Variante Nr 1 hat den Vorteil, dass die wesentlichen Entscheidungen, welche eine Konzernleitung begründen, nicht auf Ebene der Privatstiftung, sondern auf Ebene der Beteiligungsgesellschaft getroffen werden. Für diesen Beirat gelten die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regelungen. Ist dieser Beirat aufsichtsratsähnlich, so sind die Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung anzuwenden.⁵²⁾ Der Vorteil dieser Gestaltung liegt meist darin, dass jene Personen, die Begünstigte der Privatstiftung sind, in diesen Beirat unmittelbar eingebunden sind, und nicht der komplizierte Weg über die Privatstiftung – zunächst Befassung des Stiftungsvorstandes, welcher seinerseits die Zustimmung des Stiftungsbeirates einholen muss – beschritten werden muss.

Die Varianten Nr 2 und 3 haben gemeinsam, dass die Privatstiftung zwar gewinn- und vermögensmäßig weiterhin Mehrheitsgesellschafter der Beteiligungsgesellschaft bleibt, die Stimmrechte jedoch mehrheitsmäßig entweder auf die Stifterfamilie übergehen (Variante Nr 2) oder syndikatsvertraglich die Stimmen der Familiengesellschafter den Ausschlag geben (Variante Nr 3). Der Nachteil dieser Gestaltungen liegt auf der Hand. Da sich die Gesellschaftsanteile der Familiengesellschafter nicht im Stiftungsvermögen befinden, ist außerhalb der Stiftungserklärung, zB letztwillig oder im Gesellschaftsvertrag, zu regeln, auf wen die Gesellschaftsanteile des Familiengeschafters im Ablebensfall übergehen. Weiters ist außerhalb der Stiftungserklärung zu regeln, was im Fall der Nichteinigung zwischen den Familiengeschaftern gilt. Oft wird in diesem Zusammenhang vorgesehen, dass dann, wenn zwischen den Familiengeschaftern kein Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit zustande kommt, doch wieder die Stimme der Privatstiftung maßgeblich ist. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass derartige Gestaltungen dem meist verfolgten Zweck, nämlich dem Zusammenhalt der Gesellschaftsanteile, sowie, dass die Familie stets mit einer Stimme sprechen soll, tendenziell zuwiderlaufen. Weiters wird es bei derartigen Gestaltungen schwierig sein, Unternehmerpersönlichkeiten für die Funktion als Mitglied des Stiftungsvorstandes zu gewinnen. Im Sinne klarer Kontrollstrukturen, welche für jede Unternehmensführung, auch eine mittelbare Unternehmensträgerschaft, notwendig sind, sind derartige Gestaltungen, insb im Hinblick auf die jüngste OGH-Judikatur, mitunter erforderlich. Die Varianten Nr 2 und 3 können mE nur nach Verankerung eines entsprechenden Auftrages in der Stiftungserklärung (s hierzu oben Punkt E.4.) erfolgen. Andernfalls sind diese Maßnahmen für den Stiftungsvorstand kaum zu rechtfertigen.

G. Schlussbemerkungen

Auch in Privatstiftungen sind, wenngleich sie nicht unmittelbar unternehmerisch tätig sind, unternehmeri-

sche Entscheidungen zu treffen. Gegenüber einer Kapitalgesellschaft bestehen insoweit grundsätzlich keine Besonderheiten. Die Mitglieder des Stiftungsvorstandes verwalten wie die Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft fremdes Vermögen. Ergeben sich aus der Stiftungserklärung, insb aus den Regelungen über den Stiftungszweck oder den zulässigen Tätigkeitsbereich, keine Einschränkungen, so sind dem Stiftungsvorstand wie dem Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft auch unternehmerische Entscheidungen gestattet.

Für die Konzernleitung ist die Privatstiftung keine geeignete Rechtsform. Entweder ist die Konzernleitung so intensiv ausgeprägt, dass eine umfassende Leitung der Geschäfte der Beteiligungsgesellschaft vorliegt, dann ist diese Tätigkeit der Privatstiftung bereits nach § 1 Abs 2 Z 1 und 2 PSG untersagt. Oder die Konzernleitung ist schwächer ausgeprägt, jedoch noch über die bloße Verwaltung von Unternehmensanteilen hinausgehend, dann besteht eine Aufsichtsratspflicht nach § 22 Abs 1 Z 2 PSG, mit der Folge, dass die Mitglieder des Aufsichtsrates (mit Ausnahme der ersten Mitglieder, die anlässlich der Errichtung der Privatstiftung bestellt werden) vom Gericht bestellt werden, und zusätzlich die Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung gelten.

Dem Stiftungsvorstand kommt bei unternehmerischen Entscheidungen ein weiter Ermessensspielraum zu. Dieser Ermessensspielraum kann nach den Kriterien der Business Judgement Rule konkretisiert werden. Weiterhin ist jedoch eine gerichtliche Nachprüfung, ob der (bei unternehmerischen Entscheidungen gegebene) Ermessensspielraum überschritten wurde, möglich.

Zur Unterstützung der Tätigkeit des Stiftungsvorstandes kann es hilfreich sein, inhaltliche Kriterien für die Ermessensausübung – vergleichbar einem Unternehmensleitbild – in der Stiftungserklärung vorzugeben.

In personeller Sicht ist anzustreben, dass nicht nur Angehörige der freien Berufe (Wirtschaftstreuhänder, Notare, Rechtsanwälte) Mitglieder des Stiftungsvorstandes sind, sondern dem Stiftungsvorstand auch Unternehmerpersönlichkeiten angehören.

Spezifischer Nachteil der Privatstiftung ist, dass die Begünstigten, die das wirtschaftliche Risiko der Tätigkeit der Privatstiftung tragen, nicht im geschäftsführenden Verwaltungsorgan der Privatstiftung, dem Stiftungsvorstand, vertreten sein dürfen. Die Entscheidungen werden daher letztlich immer von Personen getroffen, welche nicht die „Eigentümer im wirtschaftlichen Sinn“ sind. Erschwerend kommt hinzu, dass nach der jüngeren OGH-Rsp die Einflussrechte der Begünstigten bzw eines begünstigtendominierten Beirates weiter zurückgedrängt wurden.


Regelmäßig bietet sich die Errichtung eines Beirates auf Ebene der Beteiligungsgesellschaft als Leitungsorgan an. Zusätzlich kann – nach Abwägung der damit verbundenen Nachteile – überlegt werden, die Stimmrechte der Stiftung an der Beteiligungsgesellschaft mehrheitlich auf Familiengeschaften zu über-

⁵²⁾ Siehe OGH 27. 9. 2006, 9 ObA 130/05 s GesRZ 2007, 197 (mit Anm Feltl).

tragen, deren Stimme bei Einigkeit zwischen den Familiengeschaftern den Ausschlag gibt. Damit wird die Privatstiftung zwar hinsichtlich ihrer Einfluss-

rechte „ausgeschaltet“, doch sind derartige Gestaltungen im Sinne klarer Kontrollstrukturen mitunter erforderlich.

→ In Kürze



Dem Stiftungsvorstand kommt bei unternehmerischen Entscheidungen ein weiter Ermessensspielraum zu. Insofern besteht keine Besonderheit zu den Verwaltungsträgern einer Kapitalgesellschaft. Zur Unterstützung der Tätigkeit des Stiftungsvorstandes kann es hilfreich sein, inhaltliche Kriterien für die Ermessensausübung – vergleichbar einem Unternehmensleitbild – in der Stiftungserklärung vorzugeben. Weiters können dem Stiftungsvorstand im Rahmen der Stiftungserklärung Aufträge zu einem bestimmten Handeln erteilt werden. Hingegen ist es nur in eingeschränktem Umfang zulässig, dass dem Stiftungsvorstand außerhalb der Stiftungserklärung Weisungen erteilt werden.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Robert Briem ist Rechtsanwalt in Wien.
Kontakt: robert.briem@briem.at

Vom selben Autor erschienen:

Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12; Auswirkungen der jüngsten OGH-Judikatur auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen, PSR 2010, 56.

Literaturempfehlung:

Gollan, Vorstandshaftung in der Stiftung – Eine Untersuchung zur Anwendbarkeit der Business Judgement Rule, Schriftenreihe des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen (2009).