

Festschrift
für
Hellwig Torggler

Herausgegeben von

Hanns Fitz, Susanne Kalss
Reinhard Kautz, Guido Kucsko
Meinhard Lukas, Ulrich Torggler

■ VERLAG
■ ÖSTERREICH

Der Bankvorstand als Stiftungsvorstand

Susanne Kalss

Übersicht

- I. Nebenamt in der Privatstiftung
- II. Konzessionspflicht wegen der spezifischen Tätigkeit?
- III. Unvereinbarkeiten der Amtsausübung
- IV. Erhöhte Sorgfaltspflicht
- V. Bewältigung von Interessenkonflikten
 - A. Doppelte Organstellung
 - B. Unterschiedliche Situationen
 - 1. Freibereich ohne Interessenkonflikte
 - 2. Sicherung der effizienten Willensbildung entlang des Stiftungszwecks
 - 3. Instrumente der Konfliktbewältigung
 - 4. Regelungen auf Seiten des Kreditinstituts
- VI. Ausblick

I. Nebenamt in der Privatstiftung

Privatstiftungen halten neben Beteiligungs- und Liegenschaftsvermögen regelmäßig auch Wertpapier- und sonstiges Kapitalanlagevermögen. Gerade zur Bewirtschaftung dieses Teils des Vermögens bedienen sie sich der Kompetenz von Vorstandsmitgliedern aus Banken und betrauen sie mit dem Amt eines Stiftungsvorstands oder Stiftungsbeirats. Vorstandsmitglieder von Banken sind neben sonstigen Beratern häufig Mitglieder des Stiftungsvorstands. Vielfach wird ihnen im Rahmen eines Family Offices die Aufgabe eingeräumt, für die Privatstiftung insbesondere die Veranlagungsseite der Mittel der Privatstiftung „abzudecken“ und ihre Kompetenz in Kapitalmarkt- und Anlageangelegenheiten in den Vorstand oder Beirat der Privatstiftung einzubringen. Prof. *Torggler* hat sich von Beginn an intensiv mit der Privatstiftung beschäftigt, sie legistisch begleitet und das Privatstiftungsrecht wissenschaftlich durchdrungen und dogmatisch aufbe-

reitet.¹ Vor allem hat er zahlreiche wegweisende und praxistaugliche Gestaltungen entwickelt. Er kennt das Privatstiftungsrecht nicht nur als Berater, sondern auch aus der Perspektive eines Organmitglieds. Ich selbst durfte mit ihm gemeinsam in der Jury des Kathrein Stiftungspreises oft über stiftungsrechtliche Fragen diskutieren und Arbeiten beurteilen. Die Gespräche waren stets ertragreich und bereichernd. Ich hoffe daher, dass ich Herrn *Torggler* mit meinen Ausführungen eine kleine Freude bereiten kann.

Nur wenige Privatstiftungen haben Vorstandsmitglieder, die ausschließlich und hauptberuflich für die Privatstiftung tätig sind. Überwiegend üben die Vorstandsmitglieder oder Beiratsmitglieder ihre Funktion in der Privatstiftung als Nebenamt aus und gehen einem anderen Beruf nach. Das Amt des Stiftungsvorstands ist stets ein Amt in einem Kollegialorgan, das Amt des Beirats ist es typischerweise. Daher ist es sachgerecht und zielführend, auf Überlegungen aus dem allgemeinen Gesellschaftsrecht zur Ordnung des Aufsichtsrats und des Vorstands zurückzugreifen und parallele Wertungen auch für die Organträger in Privatstiftungen zu erarbeiten. Keineswegs werden damit die Unterschiede der Tätigkeit eines Stiftungsvorstands und jener eines Vorstands sowie Aufsichtsrats in einer Kapitalgesellschaft verkannt.

Bei einem Mitglied eines Bankvorstands liegt die hauptberufliche Tätigkeit in der Leitung eines Kreditinstituts. Mandate im Stiftungsvorstand oder im Stiftungsbeirat werden „daneben“ übernommen und ausgeübt. Aus dieser Doppel- oder Mehrfachfunktion ergeben sich zahlreiche Fragen. Einige davon sollen in diesem Beitrag angesprochen werden, nämlich die Frage der persönlichen Konzessionspflicht des Bankvorstands, der der Inkompatibilität, Sorgfaltspflicht und Verantwortung des Mandatsträgers, und schließlich jene der Bewältigung von Interessenkonflikten.

II. Konzessionspflicht wegen der spezifischen Tätigkeit?

Betrachtet man die Rolle von Bankvorständen in Stiftungsfunktionen, lassen sich holzschnittartig drei Szenarien unterscheiden, nämlich

- die Tätigkeit eines Bankvorstands in einer Privatstiftung ohne Wertpapiervermögen (zB nur Immobilienvermögen);
- die Tätigkeit eines Bankvorstands in einer Privatstiftung mit Wertpapiervermögen, aber ohne jede Geschäftsbeziehung zwischen der Privatstiftung

¹ Siehe nur *H. Torggler*, Zur Bestellung und Abberufung eines Stiftungsvorstands einer Privatstiftung, *GesRZ* 1997, 140; *H. Torggler*, Zur Vermögenswidmung in der Stiftungszusatzurkunde, *GesRZ* 2002, 171 ff; *H. Torggler*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 42/09h, *JBl* 2010, 336.

und der Bank, Kredit- und Veranlagungsgeschäfte werden mit anderen Banken getätigt;

- die Tätigkeit eines Bankvorstands in einer Privatstiftung, die in enger Geschäftsverbindung mit der Bank steht.

Die Praxis ist naturgemäß vielfältiger; zu denken ist an die Geschäftsbeziehungen von Tochtergesellschaften der Privatstiftung zur Bank, an Konstellationen mit gleichzeitigen Kredit- und Veranlagungsengagements etc.

Bankvorstandsmitglieder ziehen häufig deshalb in den Vorstand oder in den Beirat einer Privatstiftung ein, um dort ihre besondere Kompetenz in Finanzangelegenheiten, insbesondere für die Vermögensdisposition und Veranlagung von Vermögen in Wertpapiere und sonstige Finanzinstrumente, einzubringen. Zum Teil wird zwischen der Privatstiftung und dem Bankvorstandsmitglied auch explizit – schriftlich oder mündlich – vereinbart, dass die primäre Tätigkeit des Bankvorstandsmitglieds in der Privatstiftung die Beratung in Finanzangelegenheiten sein soll und dass das Bankvorstandsmitglied entweder als Stiftungsvorstandsmitglied den Gesamtvorstand dazu beraten und Entscheidungen vorbereiten oder aus seiner Beiratsfunktion diese Beratungs- und Begleitungsaufgabe ausüben soll.

Löst diese Tätigkeit eine BWG- oder WAG-rechtliche Konzessionspflicht für das Vorstandsmitglied selbst aus? Die Frage drängt sich in Konstellationen auf, in denen die Vergütung aus der Vorstands- oder Beiratstätigkeit in der Privatstiftung unmittelbar an die Person fließt und nicht an die Bank. Das WAG unterwirft die gewerbliche Erbringung bestimmter Wertpapierdienstleistungen gem § 3 Abs 2 WAG einer Konzessionspflicht durch die FMA. Besonders naheliegend sind im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines Mitglieds eines Stiftungsvorstands oder Beirats die Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente sowie die Portfolioverwaltung auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen einer Vollmacht des Kunden, sofern das Kundenportfolio ein oder mehrere Finanzinstrumente enthält. Die Konzessionspflicht besteht nach § 3 Abs 2 Z 3 WAG immer dann, wenn die Tätigkeit ein oder mehrere Finanzinstrumente zum Gegenstand hat, dh wenn übertragbare Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Optionen oder sonstige in § 1 Z 6 WAG genannte Instrumente Gegenstand der Tätigkeit sind.² Die Anlageberatung ist gem § 1 Z 2 lit e WAG als Abgabe persönlicher Empfehlungen gem § 1 Z 27 WAG über Geschäfte mit Finanzinstrumenten an einen Kunden definiert, sei es auf dessen Aufforderung oder auf Initiative des Erbringers der Dienstleistung. Es muss sich somit um eine persönliche Empfehlung des Dienstleistungserbringers handeln.³

² Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG² (2010) § 3 Rz 3.

³ Dazu Heidinger in Gruber/Rauschauer, WAG (2010) § 1 Rz 170.

Sind die persönlichen Empfehlungen des Mitglieds des Stiftungsvorstands oder des Stiftungsbeirats als Wertpapierdienstleistungen gegenüber der Privatstiftung anzusehen, die bei gewerblicher Erbringung die Konzessionspflicht auslösen? Die Empfehlung muss sich an einen Anleger oder potenziellen Anleger oder an einen Beauftragten des Anlegers oder potenziellen Anlegers richten. Sie darf nicht oder nicht ausschließlich über Informationsverbreitungskanäle gem § 48f Abs 1 Z 7 Börsegesetz abgegeben werden. Sie muss für die genannten Personen, dh für die Privatstiftung, geeignet dargestellt werden oder auf eine Prüfung der Verhältnisse der betreffenden Person gestützt sein und mit dem Kauf, Verkauf, Zeichnung, Tausch, Rückkauf, dem Halten oder der Ausübung eines verbundenen Rechts einhergehen.

Häufig ist ein Mitglied eines Stiftungsvorstands für die Auswahl konkreter geeigneter Finanzinstrumente im Sinne einer produktbezogenen Vorbereitung vor Abschluss einzelner Transaktionen verantwortlich oder kommt diese Aufgabe einem fachlich geeigneten Beiratsmitglied zu.⁴

Ein Bankvorstand, der zugleich Stiftungsvorstand oder Beiratsmitglied ist und persönliche Empfehlungen für die Auswahl einzelner Finanzinstrumente oder für die Ausübung bestimmter Rechte bei Finanzinstrumenten gibt, berät die Privatstiftung nicht in seiner Stellung als Stiftungsvorstand oder Beirat; vielmehr handelt er als Organ der Privatstiftung. Seine Tätigkeit ist gem § 26 ABGB der Privatstiftung kraft seiner Organstellung zuzurechnen. Zurechnungsfragen sind bei der juristischen Person und damit auch bei einer Privatstiftung nicht ausdrücklich geregelt. Aber es versteht sich von selbst, dass eine juristische Person als solche nicht handeln kann und sie sich dafür ihrer organschaftlichen Vertreter bedient.⁵ Da das Handeln eines Organmitglieds und daher auch eines Vorstandsmitglieds einer Privatstiftung oder eines Beiratsmitglieds der Privatstiftung selbst zugerechnet wird und folglich die Privatstiftung selbst handelt, liegt keine Beratung an die Privatstiftung, sondern ein eigenes *Tätigwerden durch* die Privatstiftung vor. Das Vorstandsmitglied erbringt daher – trotz dieser Tätigkeit – keine Wertpapierdienstleistung gegenüber der Privatstiftung und löst keine Konzessionspflicht aus.

Das Vorstandsmitglied muss sich im Rahmen der Aufgaben des Stiftungsvorstands bewegen, das Beiratsmitglied darf nur seinen Aufgaben als begleitendes, überwachendes oder empfehlendes Organmitglied nachkommen und nicht eine über die Tätigkeit des jeweiligen Amts hinausgehende Tätigkeit für die Privatstiftung erbringen. Die Notwendigkeit der Abgrenzung ist aus dem Recht des Aufsichtsrats bekannt. Für den Aufsichtsrat ist anerkannt, dass die Beratung

⁴ Zur Tätigkeit *Fuchs* in Fuchs, WpHG-Kommentar (2009) § 2 Rz 112; *Assmann* in Assmann/Schneider, WpHG⁶ (2012) § 2 Rz 118.

⁵ *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.00} § 26 Rz 21; *Koch* in KBB³ (2010) § 26 Rz 14.

oder sonstige Tätigkeit in speziellen Fragen eines besonderen Fachgebiets, die die Beratungstiefe oder Arbeitsleistung, die von einem Aufsichtsratsmitglied zu erbringen ist, überschreitet, als sonstige Tätigkeit zu qualifizieren ist.⁶ Beratungsleistungen oder sonstige Dienstleistungen, die sich mit Detailfragen auseinandersetzen, die deutlich über die typische Tätigkeit eines Stiftungsvorstands oder Beiratsmitglieds hinausgehen und eine Komplexität und inhaltliche Verfeinerung erfahren, die von einem Stiftungsvorstands- oder Beiratsmitglied nicht mehr im Rahmen ihrer Organtätigkeit zu leisten sind, fallen daher aus der organschaftlichen Tätigkeit heraus und sind als sonstige Dienstleistung anzusehen. Jene Tätigkeiten, die hingegen bereits durch die allgemein organschaftliche Pflicht erfasst werden, sind nicht als gesonderte Dienstleistung zu qualifizieren. Die Abgrenzung kann naturgemäß nicht schematisch vom Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft auf den Stiftungsvorstand oder -beirat übertragen werden. Sie kann weder für Vorstandsmitglieder im Allgemeinen, noch für Bankvorstandsmitglieder im Besonderen einheitlich gezogen werden. Vielmehr hängt die Tätigkeit von der fachlichen Ausrichtung des Bankvorstandsmitglieds und seiner Tätigkeit in der Bank selbst ab, weiters von der Größe und der Veranlagungstätigkeit der Privatstiftung und ihrer Ausrichtung auf den Finanz- und Kapitalmarkt und schließlich von der damit einhergehenden Aufgabenbeschreibung für ein Vorstandsmitglied dieser konkreten Privatstiftung. Die vorbereitende und auch vordisponierende Tätigkeit eines Bankvorstandsmitglieds im Stiftungsvorstand für Veranlagungs- oder Finanzierungsentscheidungen ist – noch – von seinem Amt als Stiftungsvorstand erfasst. Auch bei einem Beiratsmitglied in Person eines Vorstandsmitglieds einer Bank ist sorgfältig auf die Abgrenzung zu achten, damit das Bankvorstandsmitglied tatsächlich im Rahmen seiner Beiratstätigkeit in der Stiftung bleibt und nicht eine darüber hinausgehende Dienstleistung ausübt. Bei gewerblicher Ausübung und Erfüllung der Tatbestandselemente von § 3 Abs 2 WAG könnte dies die Konzessionspflicht auslösen. Wenn ein Beirat eingerichtet ist und er gerade auch für Veranlagungstätigkeiten Beratungsaufgaben hat, übt ein Beiratsmitglied seine Organtätigkeit dann aus, wenn er die Vorauswahl trifft und empfiehlt. Wiederum handelt stets das Organ. Selbst bei Einpersonenbeiräten handelt das Bankvorstandsmitglied als Organ der Privatstiftung.

Anders könnte sich die Frage in Konstellationen stellen, in denen ein Bankvorstandsmitglied seine Kenntnisse nicht nur als Stiftungsvorstand in einer Privatstiftung dauerhaft einbringt, sondern in einer Mehr- oder Vielzahl von Stiftungen, beispielsweise in 10 bis 15 Stiftungen unterschiedlicher Ausrichtung. Je-

⁶ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 95 Rz 120; *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 10 Rz 15; *Hopt/Roth* in GroßKomm zum AktG⁴ (2005) § 114 Rz 17, 21; *Lutter*, Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern in Gesellschaft und Konzern, in FS Westermann (2008) 1171, 1176.

weils liegt seine Tätigkeit gerade darin, für die Stiftung Veranlagungstätigkeiten vorzubereiten und Entscheidungshilfen zu geben. Das BWG und WAG knüpfen für die Bankgeschäfts- oder Wertpapierdienstleistungsqualität der Tätigkeiten jeweils an der gewerblichen Durchführung an. Die herrschende Ansicht greift dafür auf den umsatzsteuerlichen Begriff zurück.⁷ Bei umsatzsteuerlicher Anknüpfung ist dies immer eine eigenständige Tätigkeit und kommt diese somit für die vorliegende Fallkonstellation – wegen der Qualifikation als Organtätigkeit – nicht zur Anwendung. Folgt man aber einer eigenständigen Ausrichtung der Gewerblichkeit an den Erfordernissen der Aufsichtsziele des Individualschutzes und des Funktionsschutzes,⁸ somit an der Aufsichtswürdigkeit einer Tätigkeit, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass bei einer Häufung der Zurverfügungstellung des Know-Hows an unterschiedliche Rechtsträger auch unter dem Schirm einer Organmitgliedschaft doch eine Gewerblichkeit angenommen wird. Insofern kann eine Konzessionspflicht für die vielfache „dienstleistungsgleiche“ Zurverfügungstellung dieses Know-Hows ausgelöst werden. Bedenkt man die expansive, geradezu ausufernde Verwaltungspraxis und Judikatur zu Konzessionstatbeständen des BWG im Sinne der Etablierung von Auffangtatbeständen aus dem Einlagen- und Finanzierungsgeschäft, ist dieser Schritt nicht fernliegend.⁹ Dort versucht die Judikatur mittels teleologischer Überlegungen den Wortlaut der Tatbestände im Sinne eines Individual- und Funktionsschutzes zu erweitern.¹⁰

III. Unvereinbarkeiten der Amtsausübung

Ein Bankvorstand, der zugleich Stiftungsvorstand oder Stiftungsbeirat ist, ist Organträger mindestens zweier Rechtsträger. Daher ist aus der Sicht beider Rechtsträger auszuloten, ob und inwieweit die gleichzeitige Einnahme dieser Ämter überhaupt zulässig ist. Das BWG sieht für Kreditinstitute, das PSG für Privatstiftungen Grenzen vor. Gem § 5 Abs 1 Z 13 BWG darf ein Geschäftsleiter nicht einen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen und ähnlichen Einrichtungen aus-

⁷ Oppitz in Chini/Oppitz, BWG (2011) § 1 Rz 4; s etwa Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG (2008) § 1 Rz 6 ff; Laurer in Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz, BWG³ (2010) § 1 Rz 2; Granner, Die Konzessionspflicht für gewerblichen Eigenhandel mit Wertpapieren nach § 1 Z 7 lit e BWG – Eine interpretative und legistische Baustelle, ZFR 2011, 2, 4.

⁸ Brandl/Klausberger, Gedanken zur Auslegung des § 1 BWG, insb zum Element der Gewerblichkeit, ZFR 2011, 206 ff; Göth, Gewerbliches Betreiben von Bankgeschäften, ecolex 1993, 495, 498.

⁹ VwGH 28.2.2011, 2010/17/0202; VwGH 2006/17/0006, ÖBA 2011/103; VwGH 2005/17/0195, ÖStZB 2006/414; VwGH 2008/17/0034, ZFR 2008/124; VwGH 2008/17/0226, ZFR 2012/164.

¹⁰ Zurückhaltend VwGH 2008/17/0226, ZFR 2012/164; dazu Schopper, ÖBA 2013, 219, 220.

üben, widrigenfalls er eine Konzessionsvoraussetzung nicht erfüllt. Geschäftsleiter dürfen keinen anderen branchenfremden Hauptberuf haben.¹¹ Hauptberuflich wird eine Tätigkeit ausgeübt, wenn sie dem Mitglied des Bankvorstands die Erzielung eines seine Lebensbedürfnisse deckenden Entgelts ermöglicht.¹² Die Vergütung allein ist als Tatbestandsmerkmal aber nicht ausreichend, hinzu muss ein bestimmtes Ausmaß an zeitlicher Beanspruchung treten.¹³ Hält ein Bankvorstand in zwei oder drei vermögensstarken Stiftungen ein Mandat, wofür – hohe – Vorstandsvergütungen bezahlt werden, die seine Lebensbedürfnisse decken, begründet dies bei mangelnder zeitlicher Beanspruchung noch keinen unzulässigen Hauptberuf im Sinn von § 5 Abs 1 Z 13 BWG. Bei der Kumulierung von mehreren Mandaten muss eine Abgrenzung im Einzelfall gesucht werden.

Aus stiftungsrechtlicher Sicht begrenzt § 15 PSG die Eignung einer Person für das Amt eines Stiftungsvorstands. Abgesehen von den Inkompatibilitätsregelungen gem § 15 Abs 2 PSG, wonach Begünstigte, deren Ehepartner, Lebensgefährten sowie nahe Angehörige vom Vorstandsamt ausgeschlossen sind und § 15 Abs 3 PSG die wertungsmäßig gleiche Regelung auf juristische Personen ausdehnt,¹⁴ sieht § 15 Abs 3a PSG vor, dass Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Vorstand beauftragt wurden, vom Amt des Stiftungsvorstands ausgeschlossen sind. Damit soll die Inkompatibilitätsregelung, die einen Begünstigten von der Tätigkeit in einem Stiftungsvorstand ausschließt, nicht einfach umgangen werden können.¹⁵ Gemeint ist mit der Regelung die Wahrnehmung der Einzelinteressen zugunsten eines Begünstigten als Mitglied des Stiftungsorgans.¹⁶ Unzulässig ist daher eine unmittelbare Rechtsbeziehung oder ein faktisches Weisungsverhältnis zwischen dem Begünstigten oder dem nahen Angehörigen eines Begünstigten und dem Vorstandsmitglied, gerade bezogen auf die Tätigkeit als Organmitglied.¹⁷ Allein das Bestehen eines geschäftlichen Vertrauensverhältnisses oder eines persönlichen Naheverhältnisses machen § 15 Abs 3a PSG nicht anwendbar. Außerhalb der Vorstandsbeziehung darf daher ein Bankvorstand entweder persönlich oder auch als Vertreter seines Kreditinstituts Berater eines Begünstigten sein, ohne

¹¹ *Oppitz* in Chini/Oppitz, BWG § 5 Rz 15.

¹² *Diwok* in Diwok/Göth, BWG (2004) § 5 Rz 72; *Oppitz* in Chini/Oppitz, BWG § 5 Rz 15.

¹³ *Oppitz* in Chini/Oppitz, BWG § 5 Rz 15.

¹⁴ Siehe dazu auch *Zoidl*, Organmitglieder begünstigter juristischer Personen und Unvereinbarkeit nach PSG, GesRZ 2013, 88.

¹⁵ *Arnold*, Stiftungsrechtliche Änderungen für Privatstiftungen durch das BBG 2011, GesRZ 2011, 101, 107; *Hochedlinger*, Zur Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands im Lichte der PSG-Novelle BGBl 2010/111, PSR 2011, 52.

¹⁶ *Eiselsberg*, Der neue Beirat – Interessenvertretung durch Vorstände, ZfS 2010, 147, 149; *Arnold*, GesRZ 2011, 101, 107.

¹⁷ *Arnold*, GesRZ 2011, 101, 107.

damit zugleich inhabil für das Amt des Stiftungsvorstands zu werden.¹⁸ Jedenfalls sind die Grenzen zu beachten und darf ein Bankvorstand als Vorstandsmitglied nicht einseitig die Interessen „seines“ Begünstigten zulasten der Privatstiftung verfolgen und durchzusetzen versuchen. Vorstellbar ist dies etwa bei Geschäften des Bankvorstands zugunsten eines Begünstigten und zulasten der Privatstiftung. Der Stiftungsvorstand hat seine Sorgfaltspflichten gem § 17 PSG einzuhalten. In diesem Fall greift die scharfe Sanktion des absolut wirkenden Bestellungshindernisses und die Unvereinbarkeit des Amts des Stiftungsvorstands mit der sonstigen Stellung des Bankvorstands.¹⁹

Selbst wenn nur eine Nahebeziehung zu einem Begünstigten durch einen Bankvorstand im Stiftungsvorstand besteht und die Inkompatibilität gerade noch nicht greift, kann diese Nahebeziehung wegen der Konfliktsituation einen wichtigen Grund zur gerichtlichen Abberufung eines Stiftungsvorstands gem § 27 Abs 2 PSG darstellen.²⁰ Es hängt dabei von den Umständen des Einzelfalls ab, ob ein Mandatsverhältnis eines Stiftungsvorstandsmitglieds zu einer der Privatstiftung gehörenden Gesellschaft die Belange der Privatstiftung gefährdet oder ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar macht.

Solange das Gericht das Vorstandsmitglied noch nicht wirksam abberufen hat, bleibt es weiterhin im Amt.²¹ Es ist daher auch weiter berechtigt und gem § 17 PSG auch verpflichtet, die Privatstiftung zu vertreten und die Geschäfte zu führen. Generell anerkennt der Oberste Gerichtshof das Vorliegen von Interessenkonflikten als Abberufungsgrund.²² Ausdrücklich statuierte der OGH in einer Entscheidung,²³ dass nur ein – offenbar aufrechtes – Mandatsverhältnis zwischen einem Stiftungsvorstand und einem Begünstigten schädlich ist, das zu einer Kollision mit den Interessen der Stiftung oder anderen Begünstigten führt oder führen kann. Eine frühere Vertretung in einem anderen Verfahren bildet *per se* keinen Abberufungsgrund gem § 27 Abs 2 PSG.

Allerdings kann auch in einem Interessenkonflikt zulasten der Stiftung oder anderer Begünstigter eine Pflichtverletzung im Sinne von § 27 Abs 2 PSG liegen.²⁴

¹⁸ Arnold, GesRZ 2011, 101, 107; Eiselsberg, ZfS 2010, 147, 149.

¹⁹ Hochedlinger, PSR 2011, 52, 53; Eiselsberg, ZfS 2010, 147, 149; Kalss, Stiftungsbeirat und Vorstand nach der Novelle des PSG 2010, Kathrein-Stiftungsletter 16/2011, 4, 8.

²⁰ Arnold, GesRZ 2011, 101, 107; Hochedlinger, PSR 2011, 52, 53.

²¹ OGH 6 Ob 244/10x, GesRZ 2012, 311 (Hochedlinger).

²² Siehe den Überblick bei Kalss, Die vorzeitige Abberufung des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund nach österreichischem Recht, in FS Walz (2008) 327, 333.

²³ OGH 6 Ob 101/11p, GesRZ 2012, 270 (Arnold); ferner OGH 6 Ob 278/00a, GesRZ 2001, 95.

²⁴ OGH 5 Ob 101/11p, PSR 2012, 32; Murko/Zollner, PSR 2012, 36; Arnold, PSG² (2007) § 27 Rz 24; ferner Kalss, JEV 2008, 6, 10; Kalss Die vorzeitige Abberufung des Stiftungs-

Möglich ist es schließlich, dass auch bei einem früheren Mandatsverhältnis bei außergewöhnlich umfangreicher Tätigkeit und bei besonders hohem Honorar bei der Ausübung des aufrechten Vorstandsamts noch eine Befangenheit und Konfliktsituation vorliegen.²⁵

IV. Erhöhte Sorgfaltspflicht

Die Mitglieder des Stiftungsvorstands unterliegen gem § 17 PSG dem allgemeinen objektiven Sorgfaltsmaßstab.²⁶ Ein Stiftungsvorstand hat sich generell wie jemand in verantwortlich leitender Position bei selbstständiger treuhändiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zu verhalten.²⁷ Die konkrete Sorgfalt ist branchen-, größen- und situationsadäquat zu bestimmen.²⁸ Wer sich gem § 1299 ABGB zu einer Kunst öffentlich bekennt, gibt dadurch zu erkennen, dass er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen, Kenntnisse zutraue. Die allgemeine Wertung, auf der die zivilrechtliche Sachverständigenhaftung beruht, trifft auch auf das Mitglied eines Stiftungsvorstands oder eines Stiftungsbeirats zu.²⁹ Jedes Mitglied eines Stiftungsvorstands, aber auch jedes Mitglied eines Stiftungsbeirats, muss die zur Erfüllung der jeweiligen Aufgaben erforderlichen Fachkenntnisse haben. Bankvorstandsmitglieder werden gerade wegen ihrer besonderen Fachkenntnisse zum Mitglied des Stiftungsvorstands oder des Stiftungsbeirats bestellt. Besonders qualifizierte Mitglieder haben für ihre Aufgaben im jeweiligen Organ auch qualifiziertes Fachwissen zu vertreten.³⁰ Bei Bankvorstandsmitgliedern ist es weniger häufig der Fall, dass eine persönliche Freundschaft Anlass für die Bestellung zum Organmitglied der Stiftung ist. Im Regelfall wird eine Person vielmehr wegen ihrer Fachkenntnisse und ihrer Stellung in der Bank zum Mitglied des Stiftungsvorstands oder Stiftungsbeirats bestellt. Ausdrücklich hat der BGH jüngst für einen Aufsichtsrat einer AG entschieden, dass ein Aufsichtsratsmitglied, das über beruflich erworbene

vorstands aus wichtigem Grund nach österreichischem Recht. In: Zwischen Markt und Staat, in GedS Walz (2008) 327, 333.

²⁵ OGH 6 Ob 145/09f, PSR 2012/31 (*Hartlieb*) zur alten Rechtslage vor 2010.

²⁶ *Kalss/Müller* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) § 25 Rz 194, 782; *Csoklich*, Haftung des Vorstands einer Privatstiftung, RdW 1999, 253, 254; *H. Torggler*, ecolex 1998, 130.

²⁷ *Csoklich*, RdW 1999, 253, 254; *Kalss/Müller* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 25 Rz 194, 782.

²⁸ *Csoklich*, RdW 1999, 253, 254.

²⁹ *Schauer*, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit, in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 34 Rz 20.

³⁰ *Schauer* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat § 34 Rz 24; *P. Doralt/W. Doralt* in *Semler/von Schenck*, Arbeitshandbuch für den Aufsichtsrat³ (2009) § 13 Rz 31; *Straube/Ranter* in *Straube*, GmbHG § 33 Rz 34.

Spezialkenntnisse verfügt, einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab unterliegt, soweit sein Spezialgebiet betroffen ist.³¹ Ein Mitglied eines Stiftungsvorstands oder eines Stiftungsbeirats, das über besondere Fachkenntnisse verfügt, ist daher ebenso wie ein Organmitglied gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, gegenüber der Privatstiftung diese Fachkenntnisse einzusetzen.³² Dies umso mehr, wenn eine Person gerade wegen dieser speziellen Kenntnisse in das Stiftungsvorstands- oder Stiftungsbeiratsamt bestellt wird. Wird daher etwa im Stiftungsvorstand das unternehmerische Ermessen³³ bei Veranlagungsentscheidungen³⁴ nicht sorgfaltsgemäß ausgeübt, ist die Verantwortung des Bankvorstandsmitglieds besonders hoch. Wenn etwa die Information nicht ausreichend aufbereitet und für die Ausrichtung und der Zweckvorgabe der Privatstiftung entsprechend ausgewählt wird oder entsprechende Risiken nicht bedacht oder auf die Stiftung ausgerollt werden, wird das unternehmerische Ermessen des Stiftungsvorstands nicht ordnungsgemäß ausgeübt. Die Sorgfaltswidrigkeit liegt gerade bei der Person des fachkundigen Veranlagungsspezialisten, somit des Bankvorstands. In diesen Situationen unterliegt er – im Verhältnis zu seinen Kollegen – dem höchsten Sorgfaltsmaßstab und damit auch der höchsten Verantwortung gegenüber der Privatstiftung. In ähnlicher Weise trifft den Bankvorstand auch bei der Auswahl eines Vermögensberaters oder Vermögensverwalters für die Privatstiftung die höchste Sorgfaltspflicht, auch wenn er selbst keine Anlageentscheidung trifft. Er ist in diesem Markt tätig, sodass auch die Kenntnis und Beurteilung des Marktteilnehmers vorausgesetzt wird.

V. Bewältigung von Interessenkonflikten

A. Doppelte Organstellung

Interessenkonflikte können in der Privatstiftung mit Organmitgliedern aus Banken in vielfältiger Weise auftreten. Jedenfalls haben Vorstands- und Beiratsmitglieder als Personen eigene Interessen; sie sind auch Träger und Vertreter von

³¹ BGH II ZR 234/09, WM 2011, 2092.

³² BGH II ZR 151/04, BGHZ 168, 188; BGH II ZR 160/08, ZIP 2009, 1661.

³³ Dazu *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/105; *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, 235 f.; *Briem*, Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010, 108, 111; *Kalss/Müller* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 25 Rz 194.

³⁴ Bei Veranlagungsentscheidungen ist das unternehmerische Ermessen ausdrücklich anerkannt: *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 12/105; *Karollus* in FS Reischauer (2010) 209, 235 f.

mindestens zwei weiteren Rechtsträgern, nämlich der Privatstiftung und des Kreditinstituts. Wie können diese mindestens drei verschiedenen – zum Teil gegenläufigen – Interessen in Einklang gebracht werden? Weder die Unvereinbarkeitsregelung noch die Sanktionsmöglichkeit der vorzeitigen Abberufung gem § 27 Abs 2 PSG allein reichen, um den weiten Anwendungsbereich möglicher Konfliktsituationen abzudecken.

Wie bereits eingangs angesprochen sind das Stiftungsvorstands- und das Beiratsamt als Nebenamt konzipiert. Die Mitglieder der Stiftungsorgane sind im Regelfall auch finanziell von der Privatstiftung nicht abhängig. Sie sind meist neben ihrem Stiftungsamt in anderen Funktionen wirtschaftlich tätig. Ihre besondere Kompetenz aus den anderen Tätigkeiten und die gesammelte Erfahrung sind ja gerade die Qualifikationen, die sie in die Stiftungsvorstands- oder -beiratsarbeit einbringen können. Vielfach sind die einzelnen Menschen – etwa Stifter und Vorstandsmitglied, Begünstigter und Beiratsmitglied – durch Beruf, Familie, Freizeitgestaltung oder Freundschaft vernetzt, sowie durch parallele soziale und weltanschauliche Prägung verbunden. In diesen Beziehungen und der damit verbundenen Interessenvielfalt liegt ein Potenzial für unterschiedliche Auffassungen zwischen individuellen Vorstellungen des einzelnen Stiftungsvorstands- oder Beiratsmitglieds sowie dem Stiftungszweck und dem Interesse der Privatstiftung. Mitglieder des Stiftungsvorstands oder Stiftungsbeirats haben wegen des Charakters als Nebentätigkeit in der Privatstiftung in der Regel neben ihrer organschaftlichen Pflichtenbindung gegenüber der Privatstiftung aus ihrer Banktätigkeit noch weitere Pflichten zu erfüllen. Sie müssen daher auch andersgerichtete Interessen verfolgen.³⁵

Aus der personellen Verflechtung sowie dem damit einhergehenden Informationszugang, Informationsstand und zum Teil aus einer Finanzierungs- und Veranlagungsmacht erwächst die Gefahr von Interessenkonflikten, welche sich auf unterschiedliche Kunden der Bank, auf die Privatstiftung oder die Begünstigten sowie die einzelnen Unternehmen der Privatstiftung auswirken können. Die Betrauung von Bankvorstandsmitgliedern mit Vorstands- oder Beiratsfunktionen in einer Privatstiftung soll daher sorgfältig überlegt sein. Vielfach – und dies sei vorweg ausdrücklich festgehalten – ist es besser, Organfunktionen von Bankangehörigen in der Privatstiftung und Bank- sowie Finanzdienstleistungen der Bank gegenüber der Privatstiftung, sei es als Kreditgeber, sei es als Anlageberater und Vermögensverwalter, konsequent zu trennen, dh völlig zu unterlassen.³⁶

³⁵ Für den Aufsichtsrat: *Seibt*, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, in FS Hopt (2010) 1362, 1363; ferner *Butzke*, Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern als Thema der Hauptversammlung, in FS Hoffmann-Becking (2013) 227, 229, 230.

³⁶ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 9/93; *Bernhard*, Ein Corporate Governance-Kodex für Familienunternehmen? Eine Widerrede, Working Paper Nr 87 der WiWi-Fakultät der Universität Leipzig (2010) 13.

Listet man die Personen und Rechtsträger rund um eine Privatstiftung auf, lässt sich gut verdeutlichen, mit welchen Personengruppen und Interessenträgern einer Privatstiftung für Bankvorstandsmitglieder mit Stiftungsfunktionen Berührungen bestehen und daher auch Kollisionen hervorkommen können.³⁷

Generell kollidieren persönliche Vorstandsinteressen mit jenen der Stiftung, da das Vorstandsmitglied Flexibilität bei der Geschäftsführung, ein hohes Vorstandsentsgelt, einen geringen laufenden Aufwand, allfällig zusätzliches Beratungs- oder Dienstleistungsentsgelt für sich oder zumindest für die Bank generieren, selbst eine geringe Haftung und zugleich großen Einfluss übernehmen und schließlich einer geringen Rechenschaftsverpflichtung unterliegen will. Gegenüber Begünstigten möchte es keine Irritationen und Einflussnahmen, die die Ausübung des Vorstandsmandats beeinträchtigen. Auch von Begünstigten wünscht das Vorstandsmitglied einen geringen Einfluss und präferiert eine geringe Rechenschaftsverpflichtung. Gegenüber einem Beirat oder einem sonstigen Stiftungsorgan (Stiftungsprüfer) wünscht es wiederum nur eine geringe Rechenschaftsverpflichtung, wenig Einfluss und Aufwand und keine Einmischung in die Geschäftsführung.³⁸

Legt man nun über die allgemeinen Konfliktszenarien eines Vorstands- oder Beiratsmitglieds gegenüber den Interessenträgern einer Privatstiftung die Folie der Besonderheiten Stiftungsvorstand/Stiftungsbeirat und Vorstandsmitglied einer Bank, so treten meist weitere Konfliktlagen hinzu. Besonders dicht werden sie in dem Fall, in dem – wie häufig – Geschäftsbeziehungen zwischen der Bank und der Privatstiftung selbst oder dem Stifter sowie den Begünstigten oder auch Beiratsmitgliedern der Privatstiftung bestehen sowie insbesondere auch mit Tochterunternehmen der Privatstiftung. Das Beziehungsgeflecht kann äußerst komplex sein. Ganz selten ist die Organstellung eines Bankvorstands die alleinige Beziehung zwischen der Privatstiftung und ihren Interessenträgern und dem Bankvorstand oder der Bank, in der er seine Haupttätigkeit ausübt.

Der Begriff des Interessenkonflikts ist keine rechtliche Figur, sondern ein Phänomen der wirtschaftlichen Praxis, das jedenfalls gegeben ist und auch nicht bei Auftreten gewissenhafter, charakterstarker Personen gar nicht mehr besteht oder sofort verschwindet. Selbst höchster Anstand und persönliche Integrität der involvierten Personen beseitigen den Interessenkonflikt nicht. Sie heben allein die Wahrscheinlichkeit, dass er angemessen bewältigt wird. Vielmehr muss man sich dieses Phänomens im Klaren sein, und es sich stets deutlich vor Augen führen. Jedenfalls sollen dafür in einer Privatstiftung strikte Regelungen vorgesehen werden.³⁹

³⁷ *Kraus*, Richtig stiften (2004) 84; ferner *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 9/111.

³⁸ Siehe die Darstellung von *Kraus*, Richtig stiften 84.

³⁹ *Kraus*, Richtig stiften 84.

Interessenkonflikte eines Bankvorstands, der in der Privatstiftung Entscheidungen über Veranlagungen zu treffen hat und für diese gerade wegen seiner Bankerfahrung qualifiziert ist, sind evident.⁴⁰ Die betroffene Person muss einerseits die Interessen der Privatstiftung als Vorstandsmitglied vertreten, zugleich vertritt sie die Interessen seiner Bank und muss sie vertreten, wenn das Stiftungsvermögen von dieser veranlagt wird.⁴¹ Deutlich ist die Konfliktsituation auch, wenn das Vorstandsmitglied persönlich die Vermögensverwaltung vornimmt. Aus dieser Mehrfachrolle ergeben sich zahlreiche Konflikte zwischen dem Stiftungsinteresse und den sonstigen Pflichtenbindungen und Interessen von Stiftungsvorstands- oder Stiftungsbeiratsmitgliedern.⁴²

B. Unterschiedliche Situationen

Um den Umgang mit Interessenkonflikten in einen rechtlichen Rahmen zu bringen, ist es sinnvoll, sowohl die Tätigkeit der Privatstiftung und die Aufgabe des Bankvorstands in der Privatstiftung als auch die Tätigkeit des Bankvorstands in der Bank selbst differenziert zu betrachten. In der Privatstiftung ist – wie schon ausgeführt – zu unterscheiden, ob

- die Privatstiftung überhaupt Bankdienstleistungen in Anspruch nimmt oder völlig davon losgelöst ausgerichtet ist und ihr nur Erträge aus einer Beteiligung oder Liegenschaft zufließen, die zugewendet werden, oder
- sie Bankdienstleistungen ausschließlich bei anderen Kreditinstituten in Anspruch nimmt, oder
- sie Bankdienstleistungen auch von der Bank, der der Bankvorstand angehört, abrufen.

Vorstellbar ist auch, dass die Unternehmensgruppe, dh die Beteiligungsgesellschaften, mit der Privatstiftung an der Spitze in zahlreichen Geschäftsbeziehungen mit der Bank steht. Schließlich ist es möglich, dass die Bank einfach auch in den Wettbewerb um mögliche Vermögensverwaltungsmandate einbezogen wird.

Auch in der Bank bestehen Unterschiede: Hier ist zu unterscheiden, was das Vorstandsmitglied konkret macht:

- ob es selbst im Privatkundengeschäft,
- im Wertpapierhandel oder etwa
- für den Marktfolgebereich tätig ist.

⁴⁰ Für den Aufsichtsrat: *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 86 Rz 67.

⁴¹ *Kraus*, Richtig stiften 85.

⁴² Vgl zum Aufsichtsrat *Frotz/Schörghofer* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat § 18 Rz 1; *Habersack* in MünchKomm zum AktG³ (2008) § 100 Rz 51; *Hüffer*, AktG¹⁰ (2012) § 116 Rz 4 f.

Abgesehen von der allgemeinen Sorgfaltspflicht, der spezifischen Regelung gem § 17 Abs 5 PSG über den Abschluss von Organgeschäften mit der Privatstiftung⁴³ sowie den bereits angesprochenen Inkompatibilitätsregelungen gem § 15 PSG enthält das Privatstiftungsrecht keine expliziten Regelungen für die Bewältigung von Interessenkonflikten.

Das Gesetz kann und will Interessenkonflikte nicht *per se* ausschließen. Es würde an der realen Wirklichkeit „vorbeinormieren“. Jedenfalls ist ihm aber an der korrekten Bewältigung der Konflikte gelegen.⁴⁴ Wenn die Funktion des Stiftungsvorstands nicht nur als Ehrenamt aufgefasst wird und der Bankvorstand nicht nur als Interessenvertreter des Stifters oder einer sonstigen beteiligten Person, er in einem Beirat nicht nur eine beschränkte Beratungs- und Überwachungsaufgabe wahrnimmt, sind Maßnahmen erforderlich. Wenn der Bankvorstand mit Zugriff auf stiftungsinterne Informationen und Ressourcen die Strategie der Privatstiftung mitentwickelt, gestaltet, operativ umsetzt oder ihre Umsetzung überwacht und zwingend mitunternehmerische Entscheidungen für die Privatstiftung und aller Interessenträger der Privatstiftung trifft, muss die Bewältigung von Interessenkonflikten im Stiftungsvorstand oder im Stiftungsbeirat eine herausragende Rolle einnehmen.⁴⁵

So sehr die Ordnung der differenzierenden Aufgaben sowohl auf Seite der Privatstiftung als auch auf Seite des Kreditinstituts hilft, so sehr zeigt sie, dass die Interessenkonflikte bestehen bleiben, mögen sie auch graduell verschieden intensiv und unterschiedlich ausgerichtet sein. Sogar wenn die Privatstiftung in überhaupt keiner Geschäftsbeziehung zu der Bank und letztlich – außer der Abwicklung des Tagesgeschäfts – zu keiner Bank in Verbindung steht, besteht die Gefahr eines Informationstransfers und der Weitergabe vertraulicher Informationen.

Nimmt die Privatstiftung überhaupt keine Bankdienstleistungen in Anspruch, sondern lebt allein von Erträgen aus einer Beteiligung oder einer Vermietung und nimmt Zuwendungen an Begünstigte in bestimmtem vorgegebenen Ausmaß vor, sind Interessenkonflikte weitgehend zurückgedrängt, naturgemäß

⁴³ Dazu OGH 6 Ob 135/10i; 6 Ob 58/11i, ecolex 2012/102; Kalss, Interessenkonflikte von Stiftungsvorstandsmitgliedern, Kathrein-Stiftungsletter 13/2009, 4, 7; Nowotny, Insihgeschäfte bei der Privatstiftung, ecolex 2007/36; Arnold, PSG² § 17 Rz 92a; Lenz, Zum § 17 Abs 5 PSG – Doppelvertretung von Vorstandsmitgliedern, Zfs 2011, 51; Briem, ZUS 2012, 60 ff.

⁴⁴ Zum Aufsichtsrat Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat § 18 Rz 1; Kalss, Interessenkonflikte bei Geschäften von Aufsichtsratsmitgliedern mit ihrer Gesellschaft, ecolex 2009, 923; Riss, Doppelorganschaften, Treuepflichten, Haftungsfragen, Kollision von Treuepflichten und Business Judgement Rule, ecolex 2010, 156; W. Jud, Die Inkompatibilität zwischen Aufsichtsratsmandat und anderer Organfunktionen im Konzern, GesRZ 1982, 111, 115.

⁴⁵ Vgl Seibt, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, in FS Hopt (2010) 1363 (für den Aufsichtsrat).

aber nicht vollkommen ausgeschlossen. Jedenfalls besteht die Gefahr, Insiderinformation über Verkaufsmöglichkeiten oder sonstige Marktgelegenheiten wahrzunehmen. Ob die organschaftliche Verschwiegenheitspflicht jeweils ausreicht, um einen verbotenen Informationstransfer zu verhindern, sei dahingestellt. Man soll ins Kalkül ziehen, dass gerade bei Geschäftsangelegenheiten mit Liegenschaften organschaftliche Verschwiegenheitspflichten besonders wenig beachtet werden.⁴⁶

Die Gefahr eines unzulässigen Informationstransfers zeigt sich auch in jenen Konstellationen, in denen die Privatstiftung Bankdienstleistungen von einer „fremden“ Bank in Anspruch nimmt. Zunächst besteht die Gefahr, dass die konkurrierenden Banken nicht vollkommen offen gegenüber der Privatstiftung auftreten, werden sie doch von einem Konkurrenten unmittelbar in einer Kundenbeziehung geprüft. Im Bereich des Aufsichtsratsrecht ist die Mitgliedschaft in voll konkurrierenden Gesellschaften unzulässig.⁴⁷ Die C-Regelung 45 des Corporate Governance-Kodex sieht für börsennotierte Gesellschaften ebenfalls ein Verbot für die Organtätigkeit in anderen Gesellschaften vor, die zum Unternehmen in Wettbewerb stehen. Die Situation ist durchaus vergleichbar.

Zwar ist die Privatstiftung selbst nicht im Wettbewerb zum Kreditinstitut, aber dem Bankvorstand ist es als Mitglied des Stiftungsvorstands möglich, vertrauliche Informationen des Konkurrenten zu beziehen und diesem auch Informationen weiterzugeben, wenn er in seiner Rolle als Stiftungsvorstand als Kunde dem anderen Kreditinstitut gegenübertritt. Zunächst mag es für das erste Kreditinstitut von Interesse sein, von einem Konkurrenten Informationen aus der unmittelbaren Kundenbeziehung zu generieren. Umgekehrt besteht die Gefahr, dass der Bankvorstand in seiner Rolle als Stiftungsvorstand auch gegenüber den Konkurrenten seine internen Kenntnisse weitergibt. Letztlich kann die Informationsweitergabe im Bemühen gipfeln, die Bankdienstleistung von der konkurrierenden Bank auf die eigene umzuleiten. Ein Informationstransfer, etwa bei einem Schadensfall, den die Privatstiftung erleidet und der für andere Kunden ausgenutzt wird, ist ebenso vorstellbar, wie etwa besonders günstig gewährte Konditionen, die sofort auch an sonstige Kunden des Kreditinstituts weitergesagt werden.

Wenn etwa eine Privatstiftung einen Spezialfonds von einer Kapitalanlagegesellschaft bzw einer Bank managen lässt oder auch nur so eine größere Zahl von Aktien hält und aufgrund einer fehlerhaften Handlung der Bank (Beratungsfehler, Veranlagungsfehler) einen Schaden erleidet, so kann genau dieser Scha-

⁴⁶ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 12/75, Rz 13/144.

⁴⁷ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 86 Rz 66; *Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat § 2 Rz 51; *P. Doralt/W. Doralt* in *Semler/von Schenck*, Handbuch für den Aufsichtsrat³ § 13 Rz 41 f, 84; aA *Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat § 18 Rz 23.

densfall ausgenutzt werden, um die Stiftung von der aktuellen Bank wegzubringen. Zugleich besteht die Gefahr, dass ein Schadensfall, der an und für sich nur das bilaterale Verhältnis Privatstiftung und die andere Bank betrifft, anderen Kunden dieser Bank und somit dem Markt bekannt wird. Damit steigt der Druck für Vergleichsverhandlungen. Naturgemäß gilt sowohl im Stiftungsrecht als auch im Gesellschaftsrecht das Verschwiegenheitsgebot.⁴⁸ Kaum etwas ist aber schwieriger nachzuweisen, als die Verletzung dieser organschaftlichen Treuepflicht.

Die Beispiele zeigen, dass für eine Betrauung eines Bankvorstands im Stiftungsvorstand mit ausschließlicher Geschäftsbeziehung zu anderen Kreditinstituten zwar seine Fachkenntnis und seine Erfahrung in die Waagschale geworfen werden können, zugleich aber die ständige Gefahr einer unzulässigen Informationsweitergabe und Schädigung besteht. Zwar ist auch in diesen Konstellationen nicht *per se* von einer Unzulässigkeit auszugehen. Dennoch ist die Gefahr des Interessenkonflikts durch Informationstransfer sehr hoch.

Die Gefahr ist wechselseitig, nämlich sowohl für die Bank, deren interne Margen und Konditionen durch entsprechendes Verhalten des Vorstandsmitglieds gegenüber einer anderen Bank bei Vertragsverhandlungen offenkundig werden können, umgekehrt aber auch für die Stiftung, deren interne Planungen, Vorhaben, Zahlen, Schwierigkeiten so einem Marktteilnehmer, mit dem sie nicht in Geschäftsbeziehung steht, aber gegebenenfalls in anderem Zusammenhang künftig stehen will, vorzeitig bekannt werden. Zwar ist nicht von einem Informationstransfer und einer Weitergabe von Insiderinformation im börserechtlichen Sinn auszugehen, in der Sache besteht aber genau dieselbe Gefahr.

Umso prekärer sind diese Konfliktsituationen, wenn der Bankvorstand selbst für die Kundenbetreuung zuständig ist oder selbst für den Handel verantwortlich zeichnet, einfach weil die Gefahr der Ausnutzung der gegebenen Information gegeben ist. Naturgemäß sind Compliance-Einrichtungen und Vertraulichkeitsbereiche einzurichten, dennoch ist es für einen Außenstehenden äußerst schwierig, den bankinternen Informationsfluss zu überwachen.

1. Freibereich ohne Interessenkonflikte

Während das Aktiengesetz gem § 86 Abs 2 AktG personenbezogene Grenzen für die Übernahme von Aufsichtsratsmandaten vorsieht, insbesondere dass etwa eine Person nur 10 Mandate in einem Aufsichtsrat einer AG, SE oder GmbH übernehmen darf, fehlen vergleichbare gesetzliche Beschränkungen für die Organmitgliedschaft in anderen Einrichtungen, wie etwa in Privatstiftungen.⁴⁹

⁴⁸ Siehe nur *Arnold*, PSG² § 17 Rz 86; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG (1995) § 17 Rz 14; allgemeiner *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 7/77; Rz 11/26 f.

⁴⁹ *Kalss/Schimka* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 2 Rz 20; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 86 Rz 69.

Ebenso wenig fallen Mandate als Stiftungsvorstand oder Beiratsmitglied in Stiftungen unter die aktienrechtliche Beschränkung gem § 86 Abs 2 AktG.⁵⁰ Selbst wenn eine dem Kapitalgesellschaftsrecht vergleichbare personenbezogene Mandatsgrenze fehlt, obliegt es einem Mitglied des Stiftungsvorstands oder -beirats nach seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht zu entscheiden, ob er überhaupt über ausreichend Kapazität verfügt, um das Mandat auszufüllen. Zu ergänzen sind die Parameter von Fähigkeit und Zeitkapazität vor allem auch um den Parameter „Freibereiche, in denen keine Interessenskonflikte bestehen“. Fehlen diese nämlich vollkommen oder weitgehend, so ist die Übernahme des Stiftungsamts von Anfang an sorgfaltswidrig. Trotz Verletzung der Sorgfaltspflicht ist die Übernahme des Mandats wirksam.⁵¹ Die Übernahme von zahlreichen Stiftungsvorstands- oder Stiftungsbeiratsmandaten durch Einzelpersonen ist in der Praxis nicht selten. Die Mandatsträger laufen bei einer zu stark kumulierten Übernahme von Stiftungsmandaten daher Gefahr, wegen eines Verstoßes ihrer Sorgfaltspflicht aufgrund Überlastung, mangelnder zeitlicher Verfügbarkeit und Einschaltung in die Angelegenheiten in der Privatstiftung sowie bei ständigen Konfliktsituationen bei Fehlentwicklungen – allein schon wegen der sorgfaltswidrigen Übernahme des Amts – zur Verantwortung gezogen zu werden.

2. Sicherung der effizienten Willensbildung entlang des Stiftungszwecks

Verschiedene Gefährdungsszenarien sollen angesprochen werden:

- Die Regeln zur Bewältigung von Interessenkonflikten sollen eine *effiziente*, unabhängige und am Stiftungszweck ausgerichtete *Willensbildung* im Stiftungsvorstand oder Stiftungsbeirat gewährleisten. Nur bei Transparenz eines potenziellen Konflikts zwischen dem Stiftungszweck einerseits und Eigen- oder Drittinteressen der Organmitglieder, dh persönliche Interessen des Vorstandsmitglieds oder Bankinteressen des nominierenden Kreditinstituts andererseits, kann sich eine offene, sachorientierte und am *Stiftungszweck* ausgerichtete *Diskussionskultur* etablieren.
- Neben der Offenlegung eines Konflikts muss die Bereitschaft bestehen, bei einer bestimmten Gefährdungsintensität von der Teilnahme an der Willensbildung abzusehen. Dabei reicht oft nicht aus, dass der Betroffene sich einfach am Ende der Entscheidungsfindung des Stimmrechts enthält und nicht abstimmt, vielmehr ist es häufig notwendig, die Teilnahme, ja auch die Informationsversorgung zu unterbinden, um die temporäre und abgegrenzte Konfliktsituation zu bewältigen. Unsicherheiten wegen der von Eigen- bzw Dritt-

⁵⁰ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 86 Rz 69.

⁵¹ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 86 Rz 69.

interessen geprägten Diskussionsbeiträge stören jedenfalls den Willensbildungsprozess in der Privatstiftung. Sie können gerade bei konsensorientierter Diskussionskultur zu *inhaltlich unangemessenen Entscheidungen* führen. Daher ist es unbedingt erforderlich, bereits potenzielle Interessenkonflikte klar offenzulegen.⁵²

- Daneben besteht vor allem die *Gefahr, dass Vermögensverschiebungen* oder *Nachteile* zulasten der Privatstiftung eintreten. Eben wegen mangelnder Offenlegung oder bei ausreichender Offenlegung und bei wechselseitiger Anerkennung von Drittinteressen – etwa bei der Zusammensetzung des Stiftungsvorstands aus Steuerberater, Rechtsanwalt und Bankenvertreter – und Zuerkennung von zusätzlichen Aufträgen, können Nachteile zulasten der Privatstiftung entstehen.⁵³ Die positive Förderpflicht, das negative Schädigungsverbot und das strenge Vertraulichkeitsprinzip aus der organschaftlichen Treuepflicht der Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Stiftungsbeirats gegenüber der Privatstiftung⁵⁴ müssen die Offenlegungspflichten flankieren, um die Interessenkonflikte in Kollegialorgan Stiftungsvorstand oder im typischerweise als Kollegialorgan gestalteten Stiftungsbeirat mit einem Bankenvertreter zu bewältigen.

3. Instrumente der Konfliktbewältigung

Das Stiftungsrecht bietet – ebenso wie das Gesellschaftsrecht – auf Seiten der Privatstiftung keinen genauen Regelungskatalog oder etwa eine exakt vorgegebene Stufenleiter für die Konfliktbewältigung. Vielmehr hängt die Auswahl der Instrumente zur Bewältigung eines konkreten Interessenkonflikts von der Gravität und Qualität der jeweils konfligierenden Interessen und von der Intensität und Dauer des konkreten Konflikts, von dem Störpotenzial für die Effizienz der Gremienarbeit, für die Größe der Gefahr einer Vermögensverschiebung zulasten der Privatstiftung und anderer Interessenträger, insbesondere des Stifters oder eines Begünstigten der Privatstiftung, ab. Schließlich ist auf die Möglichkeiten der Konfliktbewältigung in der Person des Vorstands- oder Beiratsmitglieds Rücksicht zu nehmen und ist die Realstruktur der Privatstiftung einzubeziehen.⁵⁵

Interessenkonflikte etwa bei der Kreditgewährung an die Privatstiftung sowie bei Veranlagungen von Stiftungsvermögen können als idealtypische Ausprägungen der Beziehungen einer Privatstiftung zu einem Kreditinstitut herangezogen werden, die durch eine personelle Verklammerung eines Mitglieds des Bankvorstands im Stiftungsvorstand oder Stiftungsbeirat gekennzeichnet sind. So ist

⁵² Für den Aufsichtsrat: *Seibt* in FS Hopt 1361, 1369.

⁵³ Vgl. für den Aufsichtsrat *Seibt* in FS Hopt 1361, 1369.

⁵⁴ Allgemein dazu *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 7/76 ff.

⁵⁵ Für den Aufsichtsrat: *Seibt* in FS Hopt 1361, 1373.

es möglich, dass der Bankvorstand die Bonitätsschwierigkeiten und die Vermögenslage der Privatstiftung bzw der gesamten Gruppe kennt und er dennoch einen Kreditantrag der Privatstiftung an die Bank befürwortet. Er muss die Information bzw die Bedenken bei der Entscheidung der Bank über die Kreditvergabe offenlegen.⁵⁶ Mögliche Instrumente zur Bewältigung des Interessenkonflikts sind (i) die Offenlegung im Vorstandsgremium oder dem Beiratsgremium oder auch gegenüber beiden Gremien,⁵⁷ (ii) die Stimmenthaltung oder (iii) überhaupt die Nichtteilnahme an einer einzelnen Sitzung bzw (iv) der Verzicht und die Vorhaltung der Information über eine bestimmte Maßnahme, sowie (v) in gravierenden Fällen die Niederlegung des Mandats oder die Ablehnung der Annahme.

Sofort bei Entstehen des potenziellen Interessenkonflikts muss reagiert werden, nicht erst nach Abschluss eines langwierigen internen Entscheidungsprozesses unmittelbar vor oder bloß nach der formalen Beschlussfassung.⁵⁸ Bei Privatstiftungen ist das Gefahrenpotenzial besonders hoch, weil sie – je nach Gestaltung – einer mangelhaften Kontrolle unterliegen können und ein Kontrolldefizit bestehen kann⁵⁹ und so die Sicherungsmechanismen bei schlechter Gestaltung einfach ausgeschaltet werden können. Leicht können Situationen entstehen, in denen nicht mehr im Interesse der Privatstiftung und der Zweckverfolgung gehandelt wird, sondern Fremdinteressen verfolgt werden.

4. Regelungen auf Seiten des Kreditinstituts

Die Gefahr möglicher Interessenkonflikte aus der Übernahme des Amts des Stiftungsvorstands oder eines Stiftungsbeirats durch ein Mitglied des Bankvorstands wird vom Gesetz bankseitig jedenfalls für den Bereich von Veranlagungen gesehen. Ausdrücklich normiert § 17 Abs 1 Z 7 WAG, dass ein Rechtsträger und damit auch ein Kreditinstitut, im Rahmen der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen dafür zu sorgen hat, dass die ordentliche, redliche und professionelle Erfüllung der einzelnen Funktionen auch dann gewährleistet ist, wenn relevante Personen mehrere Funktionen ausüben. § 34 Abs 1 WAG formuliert unter dem Titel „Für Kunden potenziell nachteilige Interessenkonflikte“, dass ein Rechtsträger und damit ein Kreditinstitut angemessene Vorkehrungen zu treffen hat, um Interessenkonflikte zwischen ihm selbst, relevanten Personen einerseits und

⁵⁶ Für den Aufsichtsrat: *Habersack* in MünchKomm zum AktG³ § 116 Rz 43 ff; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 86 Rz 67.

⁵⁷ Siehe allgemein dazu *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 86 Rz 67; *Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat § 18 Rz 26 ff; *Seibt* in FS Hopt (2010) 1361, 1373 ff.

⁵⁸ *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 86 Rz 67 (für den Aufsichtsrat).

⁵⁹ OGH 6 Ob 157/12z, GES 2013, 19; 6 Ob 195/10k, RdW 2011/273; 6 Ob 244/11t, wbl 2012/129.

seinen Kunden andererseits oder zwischen seinen Kunden untereinander zu erkennen, die bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen, Anlagetätigkeiten und Nebendienstleistungen oder einer Kombination derselben entstehen.

Gem § 1 Z 29 WAG sind Mitglieder der Geschäftsleitung als relevante Personen zu qualifizieren. Der Begriff der relevanten Person im WAG hat gerade für den Umgang mit Compliance-Regeln und Interessenkonflikten Bedeutung.⁶⁰ Zwar zielt § 17 Abs 1 Z 7 WAG vor allem auf bankinterne verschiedene Funktionen, es lassen sich daraus aber auch Wertungen für die Konstellationen ableiten, in denen eine relevante Person, etwa ein Bankvorstandsmitglied, auch Funktionen außerhalb der Bank übernimmt. § 34 Abs 1 WAG greift sowohl vertikale Interessenkonflikte zwischen dem Kreditinstitut und ihren Kunden als auch zwischen dem Kreditinstitut oder dem Bankvorstand und dem Kunden sowie auch horizontale Interessenkonflikte der Kunden untereinander auf.⁶¹

Der von § 34 WAG erfasste Interessenkonflikt liegt in einem potenziellen Vorteil für den Rechtsträger oder den Bankvorstand und einem gleichzeitig möglichen Nachteil des Kunden bzw der Möglichkeit eines Vorteils des einen Kunden zulasten des anderen Kunden.⁶² Die von § 34 Abs 2 Z 1 WAG angesprochene Gefahr zeigt sich etwa dann, wenn das Kreditinstitut oder der Bankvorstand gerade die Ausführungsart wählt, bei denen höhere Provisionsansätze anfallen,⁶³ oder öfter als notwendig Transaktionen oder Depotumschichtungen durchführt, um Erlöse zu steigern. Allein die Auftragserteilung selbst zur Verwaltung des Vermögens oder jedenfalls eines Teils des Vermögens lässt den Interessenkonflikt hervorkommen.

Möglich sind auch Konstellationen, in denen das Kreditinstitut oder der Bankvorstand am Ergebnis einer für den Kunden erbrachten Dienstleistung bzw eines für ihn getätigten Geschäfts ein Interesse hat, das nicht mit dem Interesse des Kunden übereinstimmt. Gemeint sind damit etwa Wertpapierempfehlungen, die allein dem Zweck dienen, den Bestand oder den Kurs von Wertpapieren zu beeinflussen, für deren Marktpflege das Kreditinstitut verantwortlich ist oder die von ihm selbst begeben wurden (Hausbankprinzip) oder die aus eigenem, sonstigen Anlageinteresse gehalten werden.⁶⁴ Noch komplexer werden die Konstel-

⁶⁰ *Heidinger* in Gruber/Raschauer, WAG § 1 Rz 177.

⁶¹ *Gruber* in Gruber/Raschauer, WAG § 34 Rz 18 unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 24 der MiFID-Durchführungsrichtlinie.

⁶² *Kornfeld*, Interessenkonflikte bei Finanzdienstleistern – Offenlegungsverpflichtung und betriebsinterne Richtlinien, in Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria, Informationsverhalten am Kapitalmarkt (2006) 210, 219.

⁶³ *Kornfeld* in Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria, Informationsverhalten am Kapitalmarkt (2006) 210, 219; *Gruber* in Gruber/Raschauer, WAG § 34 Rz 27.

⁶⁴ *Kornfeld* in Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria, Informationsverhalten am Kapitalmarkt 210, 219; *Gruber* in Gruber/Raschauer, WAG § 34 Rz 28.

lationen, wenn ein Bankvorstand in mehreren Stiftungen ein Amt ausübt oder sonstige Rechtsbeziehungen mit verschiedenen Kunden unterhält und etwa wegen einer mit dem Kunden vereinbarten Performance-Fee, die die Stiftung nicht akzeptiert, den anderen Kunden bei knapper Angebotslage bevorzugt.⁶⁵

Gem § 35 WAG hat ein Rechtsträger unter anderem für seine Vorstandsmitglieder in schriftlicher Form wirksame Leitlinien für den Umgang mit Interessenkonflikten festzulegen und sie laufend anzuwenden, um zu verhindern, dass Interessenkonflikte den Kundeninteressen schaden. Jedenfalls gehen somit die Kundeninteressen und damit die Interessen der Privatstiftung zur bestmöglichen Verfolgung ihres Zwecks vor. Die Verfahren sind so zu gestalten, dass Vorstandsmitglieder diese Tätigkeit mit einem Grad an Unabhängigkeit ausführen, die der Größe und dem Betätigungsfeld des Kreditinstituts gem § 35 Abs 3 WAG angemessen ist. Gerade bei Vorstandsmitgliedern mit ihrer Gesamtverantwortung ist dies nur sehr schwierig herzustellen. Auch nach den Regelungen gem §§ 17, 34 und 35 WAG geht es nicht um die Verhinderung des Interessenkonflikts an sich, vielmehr soll ein transparentes und effizientes Management der Interessenkonflikte die Beeinträchtigung der Kundeninteressen verhindern.⁶⁶

Deutlich zeigt sich ein klarer Vorrang des Kundeninteresses, im Konkreten der Privatstiftungen, gegenüber dem Kreditinstitut, wenn das Kreditinstitut eine Wertpapierdienstleistung gegenüber der Privatstiftung erbringt. Allein dies trifft noch nicht den Punkt, vielfach greift der Interessenkonflikt ja bereits in der organinternen Vorauswahl und beratungsgleichen Tätigkeit des Bankvorstands, die er aber nicht als Dienstleistung im Sinne von § 3 WAG erbringt, sondern so, dass die Tätigkeit – wie bereits unter Punkt II ausgeführt – dem Organ selbst und damit der Privatstiftung zugerechnet wird.

Hierin liegt die maßgebliche Tätigkeit und Leistungserbringung. Sie ist aber nicht Wertpapierdienstleistung im Sinne von § 3 WAG. Daher greifen auch die Interessenkonfliktregelungen gem §§ 17, 34 und 35 WAG nicht unmittelbar. Vielmehr sind sie wertungsmäßig für die organinterne Tätigkeit und Zurechnung des Bankvorstands, der als Stiftungsvorstand tätig wird, anzuwenden.

Wendet man nun diese Überlegung auf die vorliegende Frage an, zeigt sich, dass für den Fall, dass Mehrfachfunktionsträgerschaften bestehen, dh ein Bankvorstand zugleich Stiftungsvorstand oder Stiftungsbeirat ist, ein unbedingter Vorrang der Stiftungsinteressen und der Verfolgung des Stiftungszwecks vor den persönlichen Interessen des Bankvorstands und den Interessen des Kreditinstituts bei Ausübung der Tätigkeit des Bankvorstands in der Privatstiftung, aus den Regelungen des WAG und BWG hervorkommt. Das PSG verlangt naturgemäß für sich gem § 17 PSG den unbedingten Vorrang der Verfolgung des Stiftungs-

⁶⁵ *Kreisel* in Brandl/Saria, WAG² § 34 Rz 8; *Gruber* in Gruber/Raschauer, WAG § 34 Rz 32.

⁶⁶ *Kreisel* in Brandl/Saria, WAG² § 35 Rz 3; *Gruber* in Gruber/Raschauer, WAG § 35 Rz 7.

zwecks und die Unterordnung aller sonstigen Eigen- und Drittinteressen unter die Verfolgung des Stiftungszwecks.⁶⁷

VI. Ausblick

Die Rechts- und Geschäftsbeziehungen zwischen Privatstiftungen und Kreditinstituten sind vielfältig. Vielfach werden diese Beziehungen durch personelle Verflechtungen abgerundet. Häufig werden dabei aber die Komplexität und Vieltätigkeit der möglichen Interessengegensätze der Parteien unterschätzt, die jeweils in den Personen kumulieren, die Funktionen in beiden Rechtsträgern ausüben. Dem Weg der Funktionstrennung und der schlichten Beratung oder Dienstleistungserbringung ist jedenfalls gegenüber einer Rollenüberschneidung der Vorzug zu geben. Sofern dennoch Organmandate oder Funktionen sowohl in der Bank als auch in einer Privatstiftung übernommen werden, ist sowohl stiftungsrechtlich, aber auch WAG-rechtlich von einem Vorrang des Interesses der Privatstiftung als Kunde der Bank auszugehen. Oberste Leitschnur ist sowohl stiftungsrechtlich als auch nach WAG-rechtlichen Grundsätzen, die für Kreditinstitute gelten, die Verfolgung des Stiftungszwecks, dh die Verfolgung des Kundeninteresses aus Sicht der Bank.

⁶⁷ *Csoklich*, RdW 1999, 253, 254; *Kalss/Müller* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) § 25 Rz 194.