

# Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von  
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

**GesRZ**

## **Michael Gruber / Martin Auer**

Verschwiegenheitspflicht der Vorstandsmitglieder einer nicht börsennotierten AG

## **Johannes Zollner / Zurab Simonishvili**

Verwässerungsschutz im Verschmelzungsrecht

## **Susanne Kalss / Martin Winner**

Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Judikatur im vergangenen Arbeitsjahr

## **Heinrich Foglar-Deinhardstein / Thomas Trettnak**

Cross-Border Merger bei weiterbestehendem Listing

## **Der praktische Fall**

Meinungsverschiedenheiten von Familienangehörigen  
in einem Familienunternehmen

## **Aus der aktuellen Rechtsprechung**

OGH-Entscheidungen zu Kapitalgesellschaften und Privatstiftungen  
Ausgewählte Entscheidungen des OLG Wien

## **Unternehmensrecht aktuell**

Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013  
Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz  
Berufsrechts-Änderungsgesetz 2013

# Der praktische Fall

## Auffassungsunterschiede von Familienangehörigen der Staber-Gruppe – Familienunternehmen und Familienstiftung

SUSANNE KALSS\*

In unserer neuen Rubrik „Der praktische Fall“ werden konkrete Rechtsfragen, die nicht gerichtsanhängig wurden, aufbereitet und diskutiert. Damit kommen wir dem vielfach an uns herangetragenen Wunsch nach, auch solche Fälle zu besprechen, die noch nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen waren. Wir hoffen, damit auch einen Beitrag zur Streitvermeidung zu leisten. Es handelt sich um anonymisierte Fälle; gleichwohl verwenden wir, um die Lebensnähe der Darstellung zu erhöhen und die Lesbarkeit zu erleichtern, – anstelle der sonst üblichen Kürzel – frei gewählte Namen. Die Fälle wurden zum Teil bereits als praktische Fallbeispiele in Workshops oder Universitätsseminaren diskutiert und sollen nun den interessierten Leserinnen und Lesern dieser Zeitschrift zugänglich gemacht werden.<sup>1</sup>

### I. Ausgangslage

Die Staber Privatstiftung wurde im Jahr 1997 von drei Geschwistern (zwei Brüder, eine Schwester) errichtet. Die drei Stifter waren gleichberechtigt. Zwei der Stifter sind bereits verstorben. Ein Stifter lebt noch. Alle Stifter haben Nachkommen. Die beiden Verstorbenen haben je zwei Söhne, der lebende Stifter hat einen Sohn und eine Tochter. Der maßgebliche Vermögenswert der Staber Privatstiftung ist die 100%ige Beteiligung an der Staber Holding GmbH, einem Unternehmen, das auf die Fertigung von Präzisionsschneidegeräten (Laser) spezialisiert ist und dabei am Weltmarkt mit zwei, drei anderen Unternehmen führend ist. Insgesamt besteht die Staber-Gruppe aus rund 15 Gesellschaften, an deren Spitze die Privatstiftung steht.

In der Stiftung ist ein Beirat eingerichtet, dem ursprünglich die drei Stifter angehörten. Aktuell sind der noch lebende Stifter sowie je ein Sohn der beiden verstorbenen Stifter im Stiftungsbeirat vertreten. Jeder Familienstamm (von jedem Stifter) ist berechtigt, eine Person in den Stiftungsbeirat zu entsenden. Nach der Stiftungssatzung sollen dies – wenn möglich – der Stifter sowie seine direkten Nachkommen sein. Der Stiftungsbeirat hat kein Weisungsrecht, er hat aber Zustimmungsrechte bei der Veräußerung des gesamten Vermögens der Privatstiftung sowie für jede Liegenschaftstransaktion und schließlich für die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers der Staber Holding GmbH, der 100%igen Tochter der Privatstiftung, und der Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer der vier Enkelgesellschaften.

Der Vorstand der Staber Privatstiftung setzt sich aus drei Personen zusammen. Ein Vorstandsmitglied ist ein befreundeter Unternehmer, der in einer ähnlichen Branche Markterfahrung hat, ein Vorstandsmitglied ist in der gleichen Branche, aber in einem völlig anderen Marktsegment tätig, das dritte Vorstandsmitglied ist Geschäftsleiter einer Bank. Zwischen der Bank und der Privatstiftung sowie der gesamten Staber-Gruppe bestehen keine Geschäftsbeziehungen. Ein

verstorbener Stifter war mit diesem Vorstandsmitglied befreundet.

Die Vorstandsmitglieder werden auf sechs Jahre vom Beirat der Privatstiftung mit Einstimmigkeit gewählt. Sie können nach Pkt VI. der Stiftungsurkunde jederzeit mit einstimmiger Beschlussfassung des Beirats abberufen werden.

Der Geschäftsführer der Staber Holding GmbH, der 100%igen Tochter der Staber Privatstiftung, ist nicht Angehöriger der Familie, sondern wurde vor 10 Jahren in die Gruppe geholt und leitet seit sieben Jahren die Staber Holding GmbH und ihre nachgeordneten Unternehmen. Die Staber Holding GmbH hat außer der Generalversammlung keine weiteren Organe.

### II. Einzelne Bestimmungen der Stiftungserklärung

Der Zweck der Privatstiftung ist in Pkt III. der Stiftungsurkunde geregelt, der lautet:

„III. Zweck

(1) Die Privatstiftung dient der Versorgung der Angehörigen der Familie Staber; sie sind die Begünstigten.

(2) Die Begünstigten werden nach den Regelungen von Punkt III. der Zusatzurkunde festgelegt.“

Die drei Stifter haben sich gem § 33 PSG ein Änderungsrecht in der Stiftungsurkunde vorbehalten. Pkt XVI. der Privatstiftung lautet:

„XVI. Änderungsrecht

(1) Die Stifter behalten sich das Recht vor, die Stiftungserklärung zu ändern.

(2) Um die Stiftungsurkunde oder die Zusatzurkunde abzuändern, bedarf es der Erklärung mindestens zweier Stifter.

(3) Der Vorstand hat die Änderung unverzüglich bei Gericht anzumelden.“

In der Stiftungszusatzurkunde sind die Regelungen über die Begünstigten und die Zuwendungen und die Aufteilung der Zuwendungen enthalten. Jeder Stamm erhält ein Drittel der jährlichen Ausschüttungen. Berechnet wird jeweils ausgehend vom Stifter, die nachfolgende Generation erhält die Zuwendung nach dem Repräsentationsprinzip. Die Stiftung hat in den letzten sieben bis acht Jahren alljährlich zwischen

\* Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz) lehrt am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

<sup>1</sup> Gerne nehmen wir auch praktische Anregungen und neue Fälle auf.

6 und 9 Mio Euro an ihre Begünstigten ausgeschüttet, sodass auf jeden Familienstamm rund 2 bis 3 Mio Euro jährlich entfielen. Zugewendet wurde jeweils der gesamte Gewinn, der von der Staber Holding GmbH an die Staber Privatstiftung ausgeschüttet wurde.

Punkt IV. der Zusatzurkunde lautet:

„IV. Ausschüttungen

(1) Der Vorstand entscheidet mit einstimmiger Beschlussfassung über die Ausschüttungen an die Begünstigten.

(2) Ausschüttungen an die Begünstigten sind vorzunehmen, wenn in der Staber Holding GmbH ein Gewinn erwirtschaftet worden ist. Von einem ausschüttungsfähigen Gewinn ist aber nur dann auszugehen, wenn sich das Vermögen der Stiftung um mehr als die Inflation des vergangenen Geschäftsjahrs vermehrt hat. Ein Gewinn ist nur ausschüttungsfähig, wenn sein Wert über der Inflationsrate liegt.

(3) Die Ausschüttungen sind innerhalb von 10 Tagen ab der Beschlussfassung des Vorstands fällig.“

### III. Eine aktuelle Geschäftsgelegenheit

Im Jahr 2012 ergibt sich für die Staber-Gruppe die Möglichkeit, einen scharfen Mitbewerber der Staber-Gruppe, die Laserpunkt GmbH, zu erwerben. Der Eigentümer will seinen GmbH-Anteil verkaufen. Als Käufer tritt die Staber Holding GmbH auf. Durch den Erwerb des Mitbewerbers steigert sich der Wert der Staber Holding GmbH nach konservativer Einschätzung und Anwendung der DCF-Bewertungsmethode um rund 13 %. Die Wertsteigerung beruht nicht allein auf einer Markteinschätzung, sondern auch auf deutlich spürbaren Kostenersparnissen, da die Staber-Gruppe nunmehr selbst Produktionsteile erzeugen kann, die sie bislang zu äußerst hohen Preisen von ihrem Mitbewerber zukaufen musste.

Der Geschäftsführer bringt die Erwerbsmöglichkeit in die Generalversammlung der Staber Holding GmbH, die aus dem Stiftungsvorstand der Staber Privatstiftung besteht. Er berichtet über die einmalige Marktchance und das Wertsteigerungspotenzial für die gesamte Staber-Gruppe und damit auch für die Staber Privatstiftung. Zugleich macht er aber auch darauf aufmerksam, dass damit die Liquidität der Gesellschaft aufs höchste angespannt wird und dass durch den Finanzierungsbedarf auch die Kreditlinien der gesamten Staber-Gruppe bei ihren Banken ausgereizt sind. Der Stiftungsvorstand stimmt in der Generalversammlung für den Erwerb des Mitbewerbers.

Durch den wertsteigernden Erwerb des Mitbewerbers der Staber-Gruppe steigt auch der künftige Gewinn in der Privatstiftung. Der Privatstiftung fließen aber in diesem Jahr aus der Staber Holding GmbH wegen des Finanzierungsbedarfs für die Übernahme des Mitbewerbers keine Mittel zu. Die Privatstiftung hat zwar durch den günstigen Erwerb einen Gewinn, sie hat aber keine liquiden Mittel, um Ausschüttungen an die Begünstigten vorzunehmen. Ein Kredit – zu akzeptablen Bedingungen – wird ihr von den Banken angesichts der angespannten Liquiditätssituation aufgrund des Erwerbs nicht gewährt.

### IV. Zuwendungen der Privatstiftung

Im Jahr 2012 gewährt der Stiftungsvorstand dem Schulchor und -orchester der ortsansässigen Schule (Schulzentrum mit Hauptschule, Gymnasium und Volksschule) eine einmalige

(aber schon länger zugesagte) Zuwendung von 25.000 Euro, damit die dringend notwendigen Instrumente angeschafft werden können und ein Zuschuss für eine neuntägige Tour durch die Beneluxstaaten mitfinanziert wird. Der Stiftungsvorstand macht dies einerseits wegen einer persönlichen Bekanntschaft zum Schuldirektor, vor allem aber deshalb, um eine positive Grundstimmung im Ort für den Betrieb der Staber-Gruppe zu schaffen, und schließlich erwartet er sich auch einen Werbeeffect, zumal nun das Logo der Staber-Gruppe auch auf der Homepage der Schule aufscheint und verlinkt ist, zudem die Tour an den fünf Aufführungsorten unter Nennung der Sponsoren stattfinden wird; schließlich soll das Abschlusskonzert in der Landeshauptstadt mit gleichem Auftritt organisiert werden.

Der Stiftungsvorstand teilt dem Stiftungsbeirat in der routinemäßig im Juli stattfindenden halbjährlichen Beiratssitzung mit, dass im Jahr 2013 wegen der angespannten Liquiditätssituation der Staber-Gruppe und wegen der mangelnden frei verfügbaren Mitteln der Staber Privatstiftung keine Zuwendungen an die Begünstigten vorgenommen werden. Zuvor hat er schon informell über den guten Geschäftsgang und die gute Marktposition berichtet. Der Beirat wurde über den Erwerb des Mitbewerbers der Staber-Gruppe in der Januar-Sitzung 2013 informiert. Eine Zustimmung wird von ihm nicht eingeholt. Der noch lebende Stifter ist begeistert, dass es endlich gelungen ist, den „lästigen Mitbewerber“ durch Ankauf aus dem Wettbewerb zu nehmen. Die beiden anderen Beiratsmitglieder, Nachkommen der beiden schon verstorbenen Stifter, sind angesichts der ausbleibenden Ausschüttungen in diesem Jahr ziemlich empört, haben sie doch wegen des – mehrfach berichteten – guten Geschäftsgangs wieder mit hohen Geldbeträgen gerechnet und haben sie auch schon zum Teil Dispositionen geplant. Sie drängen auf eine Ausschüttung in Höhe des Gewinns der Privatstiftung, widrigenfalls sie mit rechtlichen Konsequenzen drohen. Bei der Gelegenheit werfen sie dem Stiftungsvorstand auch die Verschleuderung von Mitteln der Privatstiftung zugunsten der protegierten Chor- und Konzertgruppe der Schule und eitle Wichtigmacherei vor.

### V. Aufgabenstellung

- Ist an die Begünstigten auch 2013 ein Geldbetrag auszuschütten?
- Wie ist die Zuwendung an den Chor und das Orchester der Schule zu beurteilen?
- Wie hat die Privatstiftung vorzugehen?
- Welche Möglichkeiten haben die Begünstigten allenfalls, um ihrem Rechtsstandpunkt Nachdruck zu verleihen?
- Welche Rolle spielt der Stiftungsvorstand?
- Welche Rolle spielt der Beirat der Privatstiftung?
- Welche Rolle spielt der Geschäftsführer der Staber Holding GmbH?
- Spielt der Stiftungsprüfer für die Konstellation eine Rolle?
- Wie könnte die schwierige Situation überwunden werden und künftig besser ausgestaltet werden?

Um die verschiedenen Themen, die Ansprüche und die Verantwortlichkeit der Betroffenen herauszuarbeiten, ist es zielführend, die einzelnen Beteiligten in Gruppen zu trennen. Zu trennen sind folgende Personen oder Personenkreise:

- der Geschäftsführer der Staber Holding GmbH;
- der Vorstand der Staber Privatstiftung;
- der Beirat der Privatstiftung;
- der noch lebende Stifter der Privatstiftung;
- die Begünstigten der Privatstiftung.

### 1. Zu den Aufgaben und der Rolle des Geschäftsführers der Staber Holding GmbH

1.1. Der Geschäftsführer der Staber Holding GmbH steht vor der Möglichkeit, eine strategisch sinnvolle Akquisition zu tätigen, um einen Mitbewerber aufzukaufen und insgesamt den Unternehmenswert zu steigern. Er handelt mit der Entscheidung für den Erwerb im Interesse des Unternehmens. Der Geschäftsführer verfügt über unternehmerisches Ermessen, das er sorgfaltsgemäß ausübt.<sup>2</sup>

1.2. Der Geschäftsführer bringt laut dem Sachverhalt die Erwerbsmöglichkeit in der Generalversammlung der Staber Holding GmbH vor, die bei einer 100%igen Eigentümerschaft der Privatstiftung aus dem Stiftungsvorstand der Staber Privatstiftung besteht.

1.3. Gem § 35 GmbHG hat der Geschäftsführer alle außergewöhnlichen Geschäfte oder Geschäfte, die ein besonders hohes Risiko aufweisen, der Generalversammlung vorzulegen.<sup>3</sup> Dies hat der Geschäftsführer auch getan. Aus dem Sachverhalt ergibt sich kein Anhaltspunkt, dass der Geschäftsführer sein unternehmerisches Ermessen nicht sorgfaltsgemäß ausgeübt hätte.

1.4. Er hat im Interesse des Unternehmens gehandelt, verstößt gegen kein Gesetz, verfolgt das Unternehmenswohl, hat kein Eigeninteresse und bereitet die Akquisition sorgfaltsgemäß vor. Deutlich wird dies aus den Darstellungen über die Bewertung und die Einschätzung der Kostenersparnisse. Mit der Darlegung der Marktchancen und dem Wertsteigerungspotenzial wird auch kein überzogenes Risiko eingegangen, zugleich bereitet der Geschäftsführer auch die negativen Seiten der Erwerbsmöglichkeit auf und legt sie in der Generalversammlung offen, nämlich dass die Liquiditätssituation der Gesellschaft ohnehin durch verschiedene Engagements angespannt ist und die Kreditlinien ausgereizt werden.

1.5. Der Stiftungsvorstand stimmt als Vertreter des einzigen Gesellschafters in der Generalversammlung gem § 35 GmbHG für den Erwerb des Mitbewerbers (vgl noch unten Pkt V.3.1. ff).

1.6. Der Geschäftsführer der Staber Holding GmbH hat sowohl bei Auswahl und Abwägung der Chancen und Risiken der Erwerbsmöglichkeit als auch mit Blick auf die Vorlagepflicht und Einhaltung der Zustimmung durch die sachgerechte und wahrheitsgemäße Berichterstattung sorgfaltsgemäß gehandelt und ist seinen Pflichten gem § 25 GmbHG in sachgerechter Weise nachgekommen.

<sup>2</sup> Siehe *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 12/103; *Reich-Rohrwig* in *Straube*, GmbHG, § 25 Rz 33; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> (2011) Rz 2/96 ff.

<sup>3</sup> *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 35 Rz 104; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 12/103.

### 2. Der noch lebende Stifter

2.1. Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, wurde die Staber Privatstiftung von drei Stiftern gegründet. Zwei sind bereits gestorben, der letzte Stifter lebt noch. Er ist Mitglied des Beirats. Der überlebende Stifter ist von der Akquisitionsmöglichkeit angetan und befürwortet diese strategische Entscheidung sehr. Er ist mit dem Ausbleiben der Zuwendung aus der Privatstiftung einverstanden.

2.2. Aufgrund seiner klaren Zustimmung zum Handeln des Stiftungsvorstands und der Organträger der Staber-Unternehmensgruppe macht er keine Ansprüche geltend und ist seine Rechtsposition nicht verletzt, er hat rechtlich und wirtschaftlich erreicht, was er für sachgerecht hält, nämlich eine strategisch sinnvolle Akquisition unter Akzeptanz des Ausfalls der diesjährigen Ausschüttung.

### 3. Der Stiftungsvorstand

3.1. Die zentrale Rolle nimmt in diesem Fall der Stiftungsvorstand ein, zu relevieren ist sein Verhältnis gegenüber den Begünstigten, dh den Nachkommen der bereits verstorbenen Stifter. Zuerst ist der Fall ohne die besondere Information des Stiftungsvorstands an den Stiftungsbeirat zu beurteilen. Vorweg stellt sich die Frage, ob der Stiftungsvorstand den Erwerb des Mitbewerbers dem Beirat nicht nur hätte berichten müssen, sondern ob er auch die Zustimmung hätte einholen müssen. Nach den Angaben im Sachverhalt hat der Stiftungsbeirat ein Zustimmungsrecht bei der Veräußerung des gesamten Vermögens, für jede Liegenschaftstransaktion sowie bei Organbestellungen in der Staber-Gruppe. Da der Erwerb der Laserpunkt GmbH mittels Anteilerwerbs und keine Liegenschaftstransaktion vorgenommen wird, ist die Bestimmung über das Zustimmungsrecht des Beirats der Staber Privatstiftung nicht anwendbar. Der Stiftungsvorstand handelt rechtmäßig, wenn er dem Beirat nur über den Erwerb berichtet, ihm aber die Maßnahmen nicht zur Zustimmung vorlegt.

3.2. Darf der Stiftungsvorstand generell Maßnahmen setzen, die dazu führen, dass die Liquidität in der Staber-Gruppe extrem angespannt wird und daher keine Gewinne ausgeschüttet werden können, indem Beträge liquide gemacht werden, bei denen tatsächlich ein Liquiditätsfluss vollzogen wird? Der Stiftungsvorstand unterliegt dem Sorgfaltsgebot gem § 17 PSG und sorgt für die Erfüllung des Stiftungszwecks. Er hat seine Aufgaben sparsam und mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen und die Bestimmungen der Stiftungserklärung einzuhalten. Er darf Leistungen an Begünstigte nur vornehmen, wenn dadurch Ansprüche von Gläubigern der Privatstiftung nicht geschmälert werden.

3.3. Allein aus dem Umstand, dass keine ausreichende Liquidität für eine Zuwendung vorhanden ist und für eine Gewinnausschüttung oder eine Zuwendung ein Kredit aufgenommen werden müsste, liegt keine Sorgfaltswidrigkeit vor; im Allgemeinen ist es vielmehr zulässig, eine Gewinnausschüttung einer Kapitalgesellschaft<sup>4</sup> oder die Zuwendung einer Privatstiftung mit Kredit zu finanzieren.

<sup>4</sup> OGH 31.1.2013, 6 Ob 100/12t (abgedruckt in diesem Heft mit Anm von G. Moser); *Wenger*, Gewinnausschüttung bei der GmbH, RWZ 2013, 118.

3.4. Im vorliegenden Sachverhalt hat der Stiftungsvorstand Pkt IV. der Zusatzurkunde einzuhalten, in dem geregelt ist, dass Ausschüttungen an die Begünstigten nur vorzunehmen sind, wenn in der Staber Holding GmbH ein Gewinn erwirtschaftet worden ist. Von einem ausschüttungsfähigen Gewinn ist nur dann auszugehen, wenn sich das Vermögen der Stiftung um mehr als die Inflation des vergangenen Geschäftsjahres vermehrt hat. Der Gewinn ist nur ausschüttungsfähig, wenn sein Wert über der Inflationsrate liegt. Ob sich die Regelung auf den Bilanzgewinn bezieht, ist nicht ganz klar geregelt, zumal weder ausdrücklich vom Bilanzgewinn in der Privatstiftung noch in der Staber Holding GmbH, vielmehr nur allgemein vom Gewinn in der Staber Holding GmbH gesprochen wird. Die Loslösung von einem bilanzmäßigen Gewinn könnte auch deshalb naheliegend sein, weil die Ausschüttungsfähigkeit des Gewinns daran gekoppelt wird, dass sich das Vermögen der Stiftung um mehr als die Inflation des vergangenen Geschäftsjahres vermehrt hat.

3.5. Geht man von einer Inflationsrate von zB 2,5 % aus, vergleicht man dies mit der im Sachverhalt angegebenen Wertsteigerung von 13 % der Staber Holding GmbH und bedenkt man, dass die Staber Holding GmbH im Alleineigentum der Staber Privatstiftung steht, so ist von einer deutlichen Wertsteigerung über der Inflationsrate auch in der Staber Privatstiftung auszugehen. Trotz Loslösung von der unmittelbaren bilanzmäßigen Abbildung, die wohl zu dem Ergebnis führen würde, dass angesichts der Reinvestition durch den Erwerb des Konkurrenzunternehmens Laserpunkt GmbH überhaupt kein Gewinn bilanziell ausgewiesen würde, ist davon auszugehen, dass die Regelung wohl eine Gestaltung meint, dass ein ausschüttungsfähiger und ein liquider Überschuss vorhanden sein muss, der von der Staber Holding GmbH an die Privatstiftung geschüttet wird und von dieser in einem zweiten Schritt an die Begünstigten zugewendet wird.

3.6. Der Umstand, dass Ausschüttungsregelungen an einen Gewinn gebunden sind, ändert die Sorgfaltspflicht des Stiftungsvorstands für unternehmerische Entscheidungen nicht. Der Stiftungsvorstand hat im besten Interesse der Privatstiftung und in Verfolgung des Stiftungszwecks zu handeln und unterliegt bei seinen Entscheidungen, auch das Beteiligungsvermögen betreffend, dem unternehmerischen Ermessen. Der Stiftungsvorstand schuldet daher keinen bestimmten Erfolg, sondern eine branchengemäße und situationsadäquate Bemühung.<sup>5</sup> Das unternehmerische Ermessen bezieht sich gerade auf Entscheidungen und Erwerbsmöglichkeiten der der Privatstiftung zugeordneten Unternehmensgruppe.<sup>6</sup> Der Stiftungsvorstand handelt daher grundsätzlich sorgfaltsgemäß, wenn er in seiner Rolle als Gesellschafter der Generalversammlung der Staber Holding GmbH die unternehmerische Entscheidung für den Erwerb der Anteile an dem Konkurrenten gem § 35 GmbHG zustimmt (vgl Pkt V.1.5.).

3.7. Zu prüfen ist weiters, ob durch die „relativ offene“ Formulierung in der Stiftungszusatzurkunde und das mögliche Verständnis, dass bei Erwirtschaftung eines Gewinns, der zwar nicht zur Ausschüttung, sondern zu einer wertsteigern-

den Akquisition verwendet wird, dennoch – angesichts der guten Lage der Staber-Gruppe insgesamt und des Wertzuwachses in der Staber Privatstiftung – die Verpflichtung des Stiftungsvorstands besteht, eine Ausschüttung vorzunehmen. Dafür spricht die Formulierung, dass Ausschüttungen vorzunehmen „sind“, wenn ein Gewinn erwirtschaftet worden ist und damit eine Wertsteigerung der Staber-Gruppe verbunden ist. Dagegen spricht die Verwendung des Begriffs „ausschüttungsfähig“, was eher für eine „Schüttfähigkeit“ des Gewinns und die bilanzielle Abbildung in der Staber Holding GmbH spricht und insgesamt die ausreichende Liquidität voraussetzt, um überhaupt Geldbeträge an die Begünstigten auszuschütten. Insofern gibt es – wie bereits angesprochen – zwei Auslegungsmöglichkeiten.

3.8. Sind die Regelungen über die Vermögensausstattung der Privatstiftung nur einer objektiven Auslegung oder angesichts des Regelungsgegenstands auch einer offeneren subjektiven Auslegung zugänglich? Der OGH hat sich bislang allein für die organisatorischen Regelungen auf die objektive Auslegung festgelegt.<sup>7</sup> Die Judikatur betont, dass in den vermögensrechtlichen Bestandteilen der Stiftungserklärung auch auf den Stifterwillen Bedacht zu nehmen ist und dass sich der Stifter die geringere Last auferlegen wollte.<sup>8</sup> Die Judikatur anerkennt auch, dass der Stiftungsvorstand zweifelhaftige Stiftungserklärungen selbst auszulegen und zu vollziehen hat.<sup>9</sup> Insofern ist es in dem vorliegenden Sachverhalt wohl zulässig, den überlebenden Stifter um seine Meinung hinsichtlich des Verständnisses der Stifter bei Formulierung der Regelung der Zusatzurkunde zu befragen. Letztlich hat aber nach der Judikatur des OGH das anzuwendende Organ die Auslegungshoheit über die konkrete Regelung.

3.9. Entscheidend ist daher die Frage, wie der Stiftungsvorstand die Regelung zu verstehen hat. Jedenfalls ist die Auslegung vertretbar, dass angesichts der Regelung in der Stiftungszusatzurkunde tatsächlich ein ausschüttbarer Gewinn in der Staber Holding GmbH erwirtschaftet werden und nicht bloß eine Wertsteigerung der Staber-Gruppe insgesamt vorliegen muss, damit der Vorstand tatsächlich verpflichtet ist, eine Zuwendung an die Begünstigten vorzunehmen.

3.10. Die Regelung lässt jedenfalls auch offen, wie hoch der Zuwendungsbetrag an die Begünstigten ist. In der Zusatzurkunde wird festgelegt, dass jeder Stamm ein Drittel der jährlichen Ausschüttungen erhält. Die Höhe wird nicht festgelegt; ferner nicht, ob tatsächlich jeweils der gesamte Gewinn auszuschütten ist. Offenbar war das Verständnis in den letzten Jahren so. Jedenfalls kommt dem Stiftungsvorstand eine Entscheidungsbefugnis über die Festlegung der Höhe zu. Die Begünstigten haben keinen klagbaren Anspruch auf Ausschüttung gegen die Privatstiftung, vielmehr stellt die Regelung nur eine Handlungsanleitung an den Stiftungsvorstand dar.

3.11. Die Staber Holding GmbH hätte wohl kaum einen Spielraum, um angesichts der angespannten Lage noch zusätzlich einen Kredit zum Zweck der sofortigen Ausschüttung aufzunehmen. Die Staber Privatstiftung könnte angesichts der Wertsteigerung und des guten Geschäftsgangs insgesamt

<sup>5</sup> Briem, Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010, 108 (111); Karollus, Gedanken zur Haftung des Stiftungsvorstands, in FS Reischauer (2010) 209 (228); Kals/Probst, Familienunternehmen, Rz 12/105.

<sup>6</sup> Kals/Probst, Familienunternehmen, Rz 12/105; Karollus, Gedanken, 237 ff.

<sup>7</sup> OGH 6.6.2001, 6 Ob 116/01d; 14.7.2011, 3 Ob 177/10s.

<sup>8</sup> OLG Wien 28.4.2011, 28 R 307/10p, GesRZ 2012, 144.

<sup>9</sup> OGH 29.4.2004, 6 Ob 7/04d.

wohl einen Kredit aufnehmen; allerdings soll nach der langjährigen Übung eine Zuwendung an die Begünstigten nur gemacht werden, wenn zuvor die Mittel von der Staber Holding GmbH an die Privatstiftung geschüttet werden.

#### 4. Informationspflichten des Stiftungsvorstands

4.1. Nunmehr ist der Aspekt der Information des Stiftungsvorstands an den Stiftungsbeirat zu beurteilen. Der Stiftungsvorstand teilt dem Stiftungsbeirat in der routinemäßig stattfindenden halbjährlichen Beiratssitzung mit, dass 2013 wegen der angespannten Liquiditätsslage der Staber-Gruppe und der mangelnden frei verfügbaren Mitteln der Staber Privatstiftung keine Zuwendungen an die Begünstigten vorgenommen werden. Zuvor, in der Januar-Sitzung, wurde über den Erwerb berichtet. Eine Zustimmung wurde, wie bereits ausgeführt (Pkt V.3.1.), in rechtskonformer Weise nicht eingeholt. In beiden Sitzungen wurde auch über den guten Geschäftsgang berichtet. In der Januar-Sitzung wurde über die möglichen Auswirkungen des Erwerbs auf die Zuwendungen und die daraus resultierende mangelnde Liquidität aus Eigenmitteln nicht berichtet. Nunmehr stellt sich die Frage, ob in der nur eine Seite beleuchtenden Berichterstattung, nämlich in der einen Sitzung über den Erwerb des Mitbewerbers, in der nachfolgenden Sitzung über das Ausbleiben des Gewinns und der Liquiditätsslage, eine Pflichtverletzung des Stiftungsvorstands zu sehen ist. Hat der Vorstand eine einseitige bzw. eine unvollständige Information an den Stiftungsbeirat geleistet?

4.2. Das Stiftungsrecht selbst enthält kaum explizite Regelungen über Berichtspflichten des Vorstands. Geregelt sind allein Auskunftspflichten gegenüber dem Stiftungsprüfer. Auch aus der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde ist keine explizite Verpflichtung zur Berichterstattung abzuleiten. Die Informationspflicht leitet sich aber allgemein aus dem Auftragsverhältnis der Fremdvermögensverwaltung und dem Verhältnis Leitungsorgans gegenüber dem Aufsichtsorgan ab und ist auch in den kapitalgesellschaftlichen Regelungen gem § 81 AktG und § 28a GmbHG in gesetzliche Vorschriften gegossen. Der Stiftungsvorstand unterliegt gegenüber dem Beirat einer laufenden jährlichen und im konkreten Fall halbjährlichen Berichterstattungsverpflichtung. Die Berichtspflicht folgt daher aus der Überwachungsaufgabe des Stiftungsbeirats. Ein Stiftungsbeirat kann nur so weit überwachen, soweit er Informationen von dem zu Überwachten erhält. Er ist auf diese Informationen des Stiftungsvorstands angewiesen.

4.3. Im konkreten Fall stellt sich die Frage einer Sonderberichterstattung, zumal sich aus dem Umstand des Erwerbs des Konkurrenzunternehmens und der Ausnutzung einer einmaligen Geschäftschance eine Änderung der bisherigen Übung und der bisherigen Gepflogenheiten ergibt, nämlich der Ausfall der Zuwendung, dh des vermögenswerten Interesses der Begünstigten. Da sich nunmehr erstmals eine maßgebliche Änderung der Situation ergibt, folgt aus dem allgemeinen Sorgfaltsgebot und der Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Beirat und auch gegenüber den Begünstigten eine unverzügliche Berichtspflicht des Vorstands an die Begünstigten. Sie lässt sich aus der allgemeinen Interessenwahrungspflicht gem § 17 PSG sowie aus der auftragsrechtlichen Interessenwahrungspflicht auch

gegenüber den Begünstigten gem § 1009 ABGB ableiten.<sup>10</sup> Der Stiftungsvorstand hat diese Informationspflicht verletzt.

4.4. Jedenfalls besteht ein Grundsatz der wahrheitsgemäßen und vollständigen Information,<sup>11</sup> sodass bei der Berichterstattung über den Erwerb des Konkurrenten insgesamt über die Folgen dieses Erwerbs zu berichten gewesen wäre und daher bei absichtlicher oder auch unabsichtlicher Unterlassung des Hinweises auf den daraus resultierenden Ausfall von Ausschüttungen an die Begünstigten von einer nicht rechtmäßigen Unterlassung dieses Informationsteils im Beirat und damit auch gegenüber den Begünstigten auszugehen ist.

4.5. Allein der Umstand, dass überhaupt – getrennt – berichtet worden ist, kann den Stiftungsvorstand in der konkreten Situation von der Pflichtwidrigkeit wohl nicht befreien. Zu den Folgen dieser hier angenommenen Pflichtwidrigkeit vgl Pkt V.6.

#### 5. Die finanzielle Unterstützung des Chors durch den Stiftungsvorstand

5.1. Wie bereits ausgeführt, hat der Stiftungsvorstand gem § 17 Abs 2 PSG mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters zu handeln und unterliegt dem Gebot der Sparsamkeit. Er hat aber, wie ebenfalls bereits ausgeführt, im Rahmen der gesetzlichen und satzungsmäßigen Vorgaben unternehmerisches Ermessen, dh, er darf Maßnahmen setzen, die der Zweckverfolgung der Stiftung dienen.

5.2. Insgesamt soll dadurch die Situation für die dauerhafte Zweckverfolgung der Staber-Gruppe und damit auch der Staber Privatstiftung verbessert werden. Dabei kommt es nicht nur auf eine kurzfristige Verbesserung, sondern auf die langfristige Sicherung der Zweckverfolgung an. Selbst wenn dieser Betrag kurzfristig dazu führt, dass die Liquiditätsslage dadurch noch einmal geschmälert wird, handelt der Vorstand rechtmäßig. Die Staber Privatstiftung hat dadurch auch Gegenleistungen erhalten: Einerseits wird das Logo bei der Tournee gezeigt, andererseits hat die Website der Schule einen Banner, der auf den Sponsor verweist. Schließlich wird damit auch die Grundlage für das Interesse junger potenzieller Fachkräfte und deren Familien gelegt, sodass insgesamt nicht von einer unzulässigen und nicht mehr vom unternehmerischen Ermessen des Stiftungsvorstands gedeckten Maßnahme gesprochen werden kann.

5.3. Die Schüler des Ortes sind nicht Begünstigte der Privatstiftung. Die Bezahlung von 25.000 Euro an die Scholorchester stellt auch keine Zuwendung dar, sondern ist ein sonstiges Rechtsgeschäft der Staber Privatstiftung. Die Bezahlung des Betrags von 25.000 Euro ist daher keine Zuwendung gem Pkt III. der Stiftungsurkunde sowie Pkt III. der Stiftungszusatzurkunde. Spenden durch Kapitalgesellschaften und damit bei entsprechender Konstellation durch eine Privatstiftung als Spitze einer Unternehmensgruppe sind zulässig, soweit sie insgesamt sachlich mit der Tätigkeit der Unternehmensgruppe verknüpft sind und daher auch dem Wohl des Unternehmens und hier der Zweckverfolgung der Privatstiftung dienen.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup> (2010) § 1009 Rz 2.

<sup>11</sup> Kalls in Kalls/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) § 19 Rz 54; dies in MünchKomm AktG<sup>3</sup>, § 90 Rz 73.

<sup>12</sup> Kalls in Kalls/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/322; U. Torgler, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, WBl 2009, 168 (176 ff).

5.4. Heikel könnte die Entscheidung sein, sollte etwa eine Tochter eines Stiftungsvorstands die Chorleiterin sein und die Unterstützung vor allem ihrem Eigenauftritt und ihrer Profilierung dient. Dies führte zwar nicht automatisch zur Rechtswidrigkeit, allerdings ist in diesem Fall ein deutlicher Nachweis der Verfolgung des Stiftungszwecks notwendig.<sup>13</sup>

## 6. Rechtsfolgen des pflichtwidrigen Handelns des Vorstands

6.1. Hat man erkannt, dass die unvollständige und irreführende Berichterstattung nicht ordnungsgemäß war und daher eine Pflichtwidrigkeit begründet, so sind die daran anknüpfenden möglichen Rechtsfolgen zu überlegen.

6.2. Irreführend ist eine Information, die zwar nicht falsch ist, die aber bei dem Informationsadressaten, somit hier bei den Begünstigten, die zugleich Beiratsmitglieder sind, eine falsche Vorstellung hervorruft, zumal sie weiterhin von der Ausschüttung ausgehen.<sup>14</sup>

6.3. Oberstgerichtliche Judikatur zur Frage einer irreführenden Information des Stiftungsvorstands gegenüber anderen Stiftungsorganen liegt nicht vor. Aus einer Parallelscheidung, wonach nur die völlige Unterlassung jedweder Information und Zusammenarbeit unter den Mitgliedern des Stiftungsvorstands einen groben Pflichtverstoß iSv § 27 Abs 2 PSG darstellt<sup>15</sup> sowie die völlige Verweigerung des Informationsrechts gegenüber Begünstigten,<sup>16</sup> ist abzuleiten, dass eine schlicht irreführende, aber im Grundsatz ohnehin doch gegebene Information keine grobe Pflichtwidrigkeit darstellt. Daher ist das Gericht weder durch Antrag noch durch Anregung der Begünstigten zu einer vorzeitigen Abberufung des Stiftungsvorstands berechtigt. Die Begünstigten wären sowohl in ihrer Rolle als – aktuelle und gegenwärtige – Begünstigte als auch als Beiratsmitglieder berechtigt, einen Antrag bei Gericht auf vorzeitige Abberufung gem § 27 Abs 2 PSG zu stellen. Der Antrag müsste aber vom Gericht mangels Vorliegens der Voraussetzungen abgewiesen werden.

6.4. Eine sofortige Abberufung durch den Stiftungsbeirat haben die Vorstandsmitglieder nicht zu befürchten, da ein Beiratsmitglied – der noch lebende Stifter – vollkommen mit dem Stiftungsvorstand konform geht und seine Entscheidung ausdrücklich willkommen heißt und somit seine Stimme für einen Abberufungsbeschluss nicht geben würde. Die Regelung in der Stiftungssatzung der jederzeitigen und sofortigen Abberufbarkeit ist mit der Judikatur als Abberufung aus sachlichem Grund zu lesen.<sup>17</sup> Ein sachlicher Grund wäre bei Verletzung der Informationspflichten und irreführender Informationen gegeben, allerdings wird die Beschlussmehrheit nicht zustande kommen. Selbst wenn alle Beiratsmitglieder zustimmen würden, brächten sie gem § 14 Abs 4 PSG die Mehrheit nicht zustande, da sie alle begünstigt sind.

6.5. Für die Vorstandsmitglieder könnte aber die Verlängerung ihres Vorstandsmandats unsicher werden, zumal der Vorstand auf sechs Jahre mit Einstimmigkeit gewählt wird.

Die Einstimmigkeit für die nächste Bestellung steht angesichts der aktuellen Auseinandersetzung mit den begünstigten Beiratsmitgliedern in Frage.

6.6. Zu erwägen ist auch ein Schadenersatzanspruch wegen unvollständiger und daher irreführender, somit pflichtwidriger Information,<sup>18</sup> wie er auch im Medienrecht und im Kapitalmarktrecht anerkannt ist. Wer ist dazu berechtigt, einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen? Der Beirat oder die Begünstigten? Eine maßgebliche Rechtsgrundlage könnte § 1300 Satz 1 ABGB sein.<sup>19</sup> Der Stiftungsvorstand handelt nicht aus reiner Gefälligkeit, sondern gegen Belohnung, da er jedenfalls von der Stiftung eine Vergütung erhält. Er handelt aber nicht für sich selbst, sondern für die Privatstiftung, sodass sein Verhalten der Privatstiftung zugerechnet wird.

6.7. Zunächst ist aber ein Schaden zu ermitteln. Hätte nämlich der Stiftungsvorstand nicht irreführend, sondern korrekt informiert, hätten die Begünstigten auch eine Zuwendung nicht erlangt und hätten sie in ihrem Vermögen nicht mehr als ohne die irreführende Information.<sup>20</sup> Der Begünstigte wäre so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Information stünde.

6.8. Allenfalls könnte man sich einen Schaden vorstellen, den ein Begünstigter bereits bei finanziellen Dispositionen durch anwaltliche Beratung für den Erwerb einer Immobilie oder einer sonstigen Vermögensanlage im Vertrauen auf die diesjährige Zuwendung erlitten hätte. Der Begünstigte könnte allenfalls einen Vertrauensschaden gegen den Stiftungsvorstand geltend machen. Der Begünstigte hat aber den vollen Beweis, wie er als ordnungsgemäß informierter und aufgeklärter Begünstigter disponiert hätte, zu erbringen.<sup>21</sup>

## 7. Der Stiftungsprüfer

Der Stiftungsprüfer spielt in dem Fall keine maßgebliche Rolle. Der Zweck der Stiftung wird sachgerecht verfolgt, die Erwerbsgelegenheit wird nicht in der Privatstiftung, sondern in der Staber Holding GmbH vorgenommen.

## 8. Lösungsmöglichkeiten

8.1. Die Kreditaufnahme durch die Staber Holding GmbH ist ohne Verschlechterung der Lage der Gesellschaft und deutliche Erschwerung ihrer Refinanzierung kaum möglich.

8.2. Die Staber Privatstiftung könnte einen Kredit aufnehmen und damit auch dieses Jahr die Zuwendung gewähren und in den folgenden Jahren mit den Ausschüttungen aus der Staber Holding GmbH den Kredit zurückzahlen. Dabei ist die Belastung durch Zinsen zu berücksichtigen.

8.3. Die Begünstigten könnten ihrerseits einen Kredit aufnehmen, den sie mit den nachfolgenden Zuwendungen aus der Privatstiftung zurückzahlen; die Zinsbelastung fällt bei ihnen aus.

8.4. Sinnvoll ist es schließlich, eine klare Informationsordnung im Verhältnis Vorstand – Beirat zu etablieren; am besten wird sie in der Geschäftsordnung des Stiftungsvorstands niedergelegt.

<sup>13</sup> Vgl dazu *Von Falkenhausen*, Die Haftung außerhalb der Business Judgment Rule, NZG 2012, 644.

<sup>14</sup> *Kalss*, Kursmanipulation mit Genussrechten, in FS Roth (2011) 337 (347); OGH 20.1.2009, 4 Ob 188/08p.

<sup>15</sup> OGH 17.12.2009, 6 Ob 233/09x.

<sup>16</sup> OGH 16.6.2011, 6 Ob 82/11v; 12.1.2012, 6 Ob 101/11p; 15.10.2012, 6 Ob 187/12m.

<sup>17</sup> OGH 8.5.2013, 6 Ob 42/13i.

<sup>18</sup> Zur grundsätzlichen Eignung der Irreführung OGH 20.1.2009, 4 Ob 188/08p.

<sup>19</sup> *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2010) § 1300 Rz 6.

<sup>20</sup> Vgl zum Schaden und zum Vermögensvergleich OGH 29.6.2011, 8 Ob 132/10k, ÖBA 2011, 888 (*Ramhartner*).

<sup>21</sup> Vgl OGH 30.3.2011, 7 Ob 77/10i; *Dullinger*, Aktuelle Fragen der Haftung wegen Beratungsfehlern bei der Vermögensanlage, JBl 2011, 693 (zu Anlegerschäden).

# GesR Z-Quartal Sa bo

inklusive **Onlinezugang**  
und **app** zum Hef t-download

**Aktion**  
Jetzt 20%  
günstiger!



## BESTELLEN SIE JETZT IHR QUARTALSABO

Ja, ich bestelle  Exemplare

**GesRZ-Quartalsabonnement 2013 inkl. Onlinezugang und App**

(42. Jahrgang 2013, Heft 5+6)

**EUR 25,40**

(Jahresabo 2013 EUR 127,-)

**Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten.** Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort

E-Mail

Telefon (Fax)

Newsletter:  ja  nein

Datum/Unterschrift

Linde Verlag Ges.m.b.H.  
Scheydgasse 24,  
PF 351, 1210 Wien  
Tel: 01 24 630-0,  
Bestellen Sie online unter  
[www.lindeverlag.at](http://www.lindeverlag.at)  
oder via E-Mail an  
[office@lindeverlag.at](mailto:office@lindeverlag.at)  
oder per Fax  
**01/24 630-53**

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356