

**90 Jahre Fürstlicher Oberster
Gerichtshof**

Festschrift für Gert Delle Karth

Sonderdruck

herausgegeben von
Hubertus Schumacher und Wigbert Zimmermann

2013

ISBN 978-3-7097-0002-0

 Jan Sramek Verlag

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------|
| Vorwort | VII |
| Verzeichnis der Autorinnen und Autoren | XIII |
| | |
| CARL BAUDENBACHER | |
| Das Vorabentscheidungsverfahren im EFTA-Pfeiler des EWR | 1 |
| | |
| DIETMAR BAUR | |
| Bestreitungsklauseln bei privatnützigen Stiftungen | 23 |
| | |
| STEFAN BECKER | |
| Übertragbarkeit zivilprozessualer Rechtsinstitute auf das Verwaltungsrecht, dargestellt an der einheitlichen Streitpartei nach § 14 ZPO | 41 |
| | |
| HARALD BÖSCH | |
| Duty to act impartially – zur Pflicht des trustee, keinen beneficiary ungebührlich zu bevorzugen oder zu benachteiligen | 59 |
| | |
| PETER BUSSJÄGER | |
| Was ist eine enderledigende Entscheidung? | 81 |
| | |
| PETER CSOKLICH | |
| Antragslegitimation, Parteistellung und Rechtsmittellegitimation im Privatstiftungsrecht – eine Zwischenbilanz der österreichischen OGH-Judikatur | 93 |

FELIX DASSER

Schiedsgerichte und staatliche Gerichte: Nebeneinander, nacheinander, miteinander, gegeneinander – ein Durcheinander? 109

ALFONS DÜR

Die Beteiligung Österreichs an der Justizpflege des Fürstentums Liechtenstein 127

BERNHARD ECCHER

Das neue liechtensteinische Ehegattenerbrecht 155

MARTIN ULRICH FISCHER

Die liechtensteinische privatrechtliche Anstalt nach Art 534 ff PGR – Ein Wanderer zwischen den Welten 169

MARIE-THERES FRICK

Die neuere Entwicklung des liechtensteinischen Aktienrechts im Lichte der EWR-Mitgliedschaft 193

MARIO FRICK

Der Trust in der Praxis des liechtensteinischen Rechts 217

MARION FRICK-TABARELLI

Vom gedruckten zum digitalen Landesgesetzblatt 237

ROBERT FUCIK

Begründen überschießende Feststellungen oder Verstöße gegen das Neuerungsverbot Verfahrensmängel nach der öZPO? 251

ANNA GAMPER

Autochthoner versus europäischer Konstitutionalismus? 263

JOHANNES GASSER

Asset versus Creditor Protection 283

| | |
|--|-----|
| REINHOLD GEIMER | |
| Die neue Brüssel I-Verordnung | 319 |
| MARTIN HÄUBLEIN | |
| Vertragsschluss durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben? | 333 |
| WULF GORDIAN HAUSER | |
| Torpedoschutz im Fürstentum | 355 |
| CHRISTIAN HAUSMANINGER | |
| Die Auslegung pathologischer Schiedsvereinbarungen in Österreich, Deutschland und der Schweiz – ein Rechtsvergleich | 375 |
| HELMUT HEISS/ARIANE ERNST | |
| Das anwendbare Recht im liechtensteinischen Schiedsverfahren | 391 |
| HILMAR HOCH | |
| Staatsgerichtshof und Oberster Gerichtshof in Liechtenstein | 415 |
| CHRISTIAN HOFMANN | |
| Die Gesellschafterdirektklage in Liechtenstein | 431 |
| THOMAS HOSP | |
| Das Kontrollorgan als Element der Foundation Governance – erste Praxiserfahrungen | 465 |
| REINHOLD HOTZ | |
| Zur Anwendung des Zivilprozessrechts auf den liechtensteinischen Sozialversicherungsprozess | 481 |
| SUSANNE KALSS | |
| Leitung und Kontrolle eines Familienunternehmens durch eine Privatstiftung | 499 |

GEORG E. KODEK

| | |
|---|-----|
| Einstweilige Verfügungen nach Micallef v Malta – eine Nachlese | 521 |
|---|-----|

NINA KÖCHL

| | |
|---|-----|
| Möglichkeiten zur Eindämmung des »Schriftsatzunwesens« in der liechtensteinischen Gerichtspraxis | 549 |
|---|-----|

BARBARA KÖLLENSPERGER

| | |
|---|-----|
| Zum Kostenvorschuss für Sachverständigengebühren bei Beweisaufnahme ex officio | 569 |
|---|-----|

CHRISTOPH LIEBSCHER

| | |
|---|-----|
| Der parteiernannte Schiedsrichter | 593 |
|---|-----|

BERNHARD LORENZ

| | |
|--|-----|
| Bindungswirkung ausländischer Urteile auf Grund wirksamer Gerichtsstandsvereinbarungen? | 609 |
|--|-----|

PETER G. MAYR

| | |
|---|-----|
| Grundlagen des Internationalen Zivilverfahrensrechts aus liechtensteinischer Sicht | 645 |
|---|-----|

KATHARINA MÜLLER/MARTIN MELZER

| | |
|---|-----|
| Die Business Judgment Rule im liechtensteinischen Stiftungsrecht und ein Ausblick ins österreichische Stiftungsrecht | 669 |
|---|-----|

MATTHIAS NEUMAYR

| | |
|---|-----|
| Mediationsvereinbarungen und ihre Auswirkungen auf die Einleitung von zivilgerichtlichen Verfahren | 685 |
|---|-----|

BETTINA NUNNER-KRAUTGASSER

| | |
|---|-----|
| Verfahrenshilfe versus Prozesskostenfinanzierung für Insolvenzmassen in Österreich | 701 |
|---|-----|

UWE ÖHRI

»Differenzierte Solidarität« im Verantwortlichkeitsrecht? 725

HENRY PETER/PAUL-BENOÎT DUVOISIN

Concours et conflits de normes en cas de restructurations,
concentrations et acquisitions d'entreprises 737

JÜRGEN C. T. RASSI

Die richterliche Anleitungspflicht und das Verbot von Überraschungs-
entscheidungen in der österreichischen Rechtsprechung –
Entwicklungen seit der Zivilverfahrensnovelle 2002 767

MARTIN SCHAUER

Differenzierte Solidarität bei der Haftung von Organen –
eine kritische Analyse 781

MARTIN P. SCHENNACH

Zwischen Partizipation und Exklusion?
*Rechtliche Nutzungsregime am Gemeinschaftsgut im Alpenraum
aus rechtshistorischer Perspektive* 795

PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN

Die politische Verantwortung des Landesfürsten 829

GEORG SCHIMA

Kontrolldefizite im Österreichischen und Liechtensteinischen
Stiftungsrecht 847

ANTON K. SCHNYDER

Zu Genesis und Fortentwicklung des liechtensteinischen
internationalen Versicherungsvertragsrechts 873

ALEXANDER SCHOPPER

Liechtensteinische und österreichische Stiftungen im
Internationalen Privatrecht 889

ROLF A. SCHÜTZE

Prozessrechtsvergleichung 913

HUBERTUS SCHUMACHER

»Abschließend erledigte Streitpunkte« im Berufungs-
und Revisionsverfahren 925

FRANCESCO A. SCHURR

Beneficiary Principle als
zentrales Element für die Wirksamkeit von Trusts 937

ANDREAS SCHWARTZE

Die Obliegenheit des Käufers zur Mängelrüge in Liechtenstein
aufgrund von § 347 ADHGB im Lichte neuerer Entwicklungen
dieses Rechtsinstituts 951

MANFRED UMLAUFT

Zwei zentrale Fragen des Anrechnungsrechts im Pflichtteilsrecht:
Kritische Überlegungen zur jüngsten Rechtsprechung des
österreichischen Obersten Gerichtshofs 969

WILHELM UNGERANK

Zur Zulassung des Nebenintervenienten 985

MARTIN WEBER

Feststellungsbegehren und § 43 ZPO – Bedeutet ein Unterliegen
mit dem Feststellungsbegehren immer auch ein Unterliegen
dem Grunde nach? 1003

IRENE WELSER

Korruptionsstrafrecht am Beispiel des Anfütterungsverbots
für Schiedsrichter: Notwendigkeit oder sinnlose Fleißaufgabe
des Gesetzgebers? 1019

ALEXANDER WITTWER

Liechtenstein und das Europäische Zivilprozessrecht 1035

GEROLD ZEILER

| | |
|--|------|
| Zur schiedsgerichtlichen Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen | 1055 |
|--|------|

JOHANNES ZOLLNER

| | |
|--|------|
| Der Verzicht auf eine Begünstigtenstellung – Überlegungen zum österreichischen und liechtensteinischen Stiftungsrecht | 1075 |
|--|------|

Über den Jubilar

| | |
|--|------|
| Curriculum Vitae von <i>Gert Delle Karth</i> | 1089 |
|--|------|

SUSANNE KALSS

Leitung und Kontrolle eines Familienunternehmens durch eine Privatstiftung

I. Familienstiftung – Familienunternehmen

Die Privatstiftung ist in Österreich ein wichtiges Instrument zur Organisation von Familienunternehmen. Damit sind jene Unternehmen gemeint, die unter dem Einfluss der Familie stehen.¹ Zahlreiche österreichische Familienunternehmen werden von einer oder mehreren Privatstiftungen gehalten, zum Teil steht eine Familienstiftung tatsächlich an der Spitze der Gruppe des Familienunternehmens, zum Teil haben Familienstiftungen die Funktion, die Anteile eines Familienstammes zu bündeln, ohne insgesamt über das gesamte Unternehmen die Anteilsverwaltung auszuüben oder unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Familienstiftungen sind daher in vielfacher Weise mit Familienunternehmen verknüpft. Keinesfalls darf aber die Familienstiftung mit dem Familienunternehmen gleichgesetzt werden, vielmehr bildet die Familienstiftung jeweils nur einen Rechtsträger und einen Baustein des Gesamtgefüges des Familienunternehmens. Die Stiftung ist ebenso wie eine Gesellschaft nur ein Gefäß, das Familienunternehmen bzw das Familienvermögen zu organisieren. Die Rolle der Familienstiftung für das Familienunternehmen hängt von seiner Stellung insgesamt in der Gruppe ab. Im Folgenden soll weniger die Stiftung als Stammholding oder Anteilsbündelung eines Familienstammes von mehreren beleuchtet werden, sondern die Familienstiftung, die organisatorisch tatsächlich an der Spitze eines Familienunternehmens steht und Eigentümer an den Anteilen der Familiengesellschaft ist. Dies unabhängig davon, ob die Anteile direkt an operativ tätigen Gesellschaften gehalten werden oder an einer oder mehreren Zwischenholdings.

¹ *Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 2/8, Rz 2/27 ff.*



Sind schon Familienstiftung und Familienunternehmen zu unterscheiden und bildet die Familienstiftung nur einen Teil des Familienunternehmens, so wird zugleich deutlich, dass auch die Leitung und Kontrolle der Familienstiftung von der Leitung und Kontrolle des Familienunternehmens strikt zu trennen sind. Während es bei der Leitung und Kontrolle der Familienstiftung um das Organisationsregime der Stiftung selbst geht und die Rolle von Stiftungsvorstand und sonstigen Stiftungsorganen ausgelotet wird, ist die Leitung und Kontrolle des Familienunternehmens im Zusammenhang mit einer Familienstiftung weiter gefasst – bestehen doch unterschiedliche Möglichkeiten, das Familienunternehmen unter Einbeziehung der Familienstiftung zu führen und zu kontrollieren. Die Frage spitzt sich darauf zu, inwieweit der Stiftungsvorstand als Leitungsorgan der Familienstiftung auch das Familienunternehmen führt oder ob die Tätigkeit des Stiftungsvorstands tatsächlich auf die Familienstiftung konzentriert und beschränkt ist, während die Familie selbst zwar nicht die Familienstiftung, sehr wohl aber das Familienunternehmen leiten und kontrollieren kann und auch tatsächlich leitet und kontrolliert (Selbstorganschaft oder gemeinschaftliche Auswahl und Bestellung von Fremdmanagern).²

Zu unterscheiden ist daher die Leitung der Familienstiftung von jener des Familienunternehmens. Während sich die Leitung einmal auf den Rechtsträger Privatstiftung bezieht, erfasst die Leitung des Familienunternehmens die gesamte Betriebs- oder Wirtschaftseinheit Familienunternehmen. Das Familienunternehmen ist typischerweise gerade bei Einsatz einer Privatstiftung aus einer Mehrzahl von Rechtsträgern zusammengesetzt, die in einer Wirtschaftseinheit, dh in einer Unternehmensgruppe, zusammengefasst sind.

II. Verschiedene Typen von Familienstiftungen

Das Alter der Unternehmer, die Stiftungen errichtet und ihre Unternehmensanteile in diese Rechtsform eingebracht haben, steigt. Zunehmend wird es daher schwieriger, in diesem rechtlichen und tatsächlichen Umfeld eine angemessene Kontrolle und Leitung des Familienunternehmens unter Einbeziehung der Privatstiftung durch den Unternehmer selbst herzustellen.

Um die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten darstellen zu können, ist es sinnvoll, mehrere Szenarien nach Lebens- und Gestaltungsphase der Stiftungen zu bilden. Eine ganz maßgebliche Zäsur bildet der Tod oder die dauernde

² Weninger, Die österreichische Privatstiftung als Träger eines Familienunternehmens, ZUS 2012, 40, 41.

Geschäftsunfähigkeit des Stifters. Das Leitungs- und Kontrollregime von Privatstiftungen lässt sich daher in Stiftungen mit einem Stifter sowie in Stiftungen nach Wegfall des Stifters bzw des geschäftsfähigen Stifters teilen. Lebt der Stifter noch, so besteht ein maßgeblicher Unterschied zwischen Stiftungen, die sich selbst durch eine entsprechende Gestaltung der Stiftungsurkunde Einfluss und Kontrollmöglichkeiten in der Stiftung erhalten (stifterdominierte Stiftung) und Stiftungen, die aus völlig unterschiedlichen Überlegungen auf jeden oder auf einen weitgehenden Einfluss verzichten. Der Einfluss kann beim Vorstand konzentriert oder weitgehend auf ein anderes Organ verlagert sein. In der Phase nach Tod oder Wegfall des Stifters lassen sich familiengeführte und fremdgeführte Stiftungen unterscheiden.

III. Leitung der Privatstiftung

A. Die Leitungstätigkeit des Vorstands

Gem § 17 PSG hat der Stiftungsvorstand die Privatstiftung zu verwalten, zu vertreten und für die Erfüllung des Stiftungszwecks zu sorgen. Der Stiftungsvorstand hat die Privatstiftung zu leiten. Kernbereiche der Leitungstätigkeit des Stiftungsvorstands sind

- ▷ die Verfolgung und Ausfüllung des Stiftungszwecks,
- ▷ die Fortentwicklung und Änderung der Stiftung im Einklang mit dem Stiftungszweck,
- ▷ die Strukturierung des Stiftungsvermögens.

Die konkrete Gestaltung der Aufgaben hängt von der Zusammensetzung des Stiftungsvermögens, von der Ausgestaltung des Stiftungszwecks und dessen Konkretisierungs- und Detailliertheitsgrad ab. Von besonderer Bedeutung ist die konkrete Gestaltung des Rahmens um die Familie und das Familienunternehmen. So hängt die Stellung des Vorstands etwa davon ab, mit welchen Befugnissen sonstige Organe der Privatstiftung ausgestaltet sind, etwa ein Beirat, und von welchen Personen die Stiftung geprägt wird. Dies hängt davon ab, wie stark sich die Familie in die Gestaltung der Familienstiftung bzw der gesamten Familienunternehmensgruppe einbringt. Vorstellbar ist etwa, dass Familienmitglieder in einem mit weitreichenden Befugnissen ausgestatteten Beirat oder in einem sonstigen Gremium vertreten oder jedenfalls in maßgeblichen Leitungs- und Aufsichtspositionen der Beteiligungsunternehmen der Privatstiftung tätig

sind.³ Die Gestaltungsmöglichkeiten sind vielfältig und einer weitgehend privatautONOMEN Gestaltung überlassen. Die Einwirkungsmöglichkeiten in der Privatstiftung durch Begünstigte und durch Mitglieder der zweiten Generation (Rechtsnachfolger des Stifters) bestehen zweifach: Einerseits in der Privatstiftung selbst in Form von Kontroll-, Beratungs- und Unterstützungsrechten; zum anderen in den Beteiligungsunternehmen der Privatstiftung. Allein die Rolle des Stiftungsvorstands ist für die Familienmitglieder ausgeschlossen. Je nach konkreter Gestaltung dieses »Rundherum« um den Stiftungsvorstand in oder unter der Privatstiftung und der Besetzung der maßgeblichen Stellen wird die Rolle des Stiftungsvorstands bestimmt und im Einzelnen ausgeformt, ebenso wie deren Gestaltungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten in den Beteiligungsunternehmen der Privatstiftung.

Die Besonderheit der Leitung der Unternehmensgruppe durch die Privatstiftung besteht darin, dass eine »straffe Konzernleitung« von der Privatstiftung nicht vollzogen werden darf,⁴ sondern eine andere Form der Leitung gefunden werden muss. Sie hängt von der grundsätzlichen Gestaltung des Amtes des Stiftungsvorstands in der jeweiligen Privatstiftung ab.

B. Die Ausübung der Eigentümerrolle im Familienunternehmen durch die Privatstiftung

Der Stiftungsvorstand als gesetzlicher Vertreter der Privatstiftung unterscheidet sich von einem sonstigen Eigentümer dadurch, dass der Stiftungsvorstand eben nicht selbst Eigentümer der Beteiligungen ist, sondern nur als Fremdverwalter für die Privatstiftung tätig ist und daher den auftragsrechtlichen Bestimmungen und den Regelungen der Geschäftsbesorgung nachkommen muss. Eine Privatstiftung darf gem § 1 Abs 2 PSG keine gewerbsmäßige Tätigkeit ausüben und die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft nicht übernehmen. Der Oberste Gerichtshof hat nur die straffe Konzernführung ausgeschlossen.⁵ Anlässlich dieser Entscheidung hat der Gerichtshof auch ausgesprochen, dass die Privatstiftung Spitze einer Unternehmensgruppe sein kann, wenn eine nicht zu weit gehende, die wesentlichen Leitungsbefugnisse umfassende Leitung vorliegt, sondern nur eigentümerbezogene Entscheidungen getroffen werden.⁶

3 S dazu *Feyl*, Beteiligungsverwaltung durch Familienstiftungen und Wahrung von Familieninteressen, ZUS 2012, 55 ff.

4 OGH 6 Ob 217/05p, GesRZ 2006, 82.

5 OGH 6 Ob 217/05p, GesRZ 2006, 82.

6 S dazu *Zwick*, Die Privatstiftung als Konzernspitze, GesRZ 2009, 278 ff.

Die Privatstiftung füllt typischerweise die Rolle eines *Kernaktionärs* aus. Ein Kernaktionär – oder allgemeiner ein strategischer Gesellschafter – ist ein strategischer Gesellschafter, der nicht nur an kurzfristigen Kurssteigerungen interessiert ist, sondern am langfristigen Bestehen des Unternehmens und daher auch auf die Strategie der Unternehmensführung Einfluss nehmen will. Der Kernaktionär hat aber keine eigenen unternehmerisch-operativen Interessen, die er über die Beteiligung hinaus verfolgt, vielmehr ist die langfristige Steigerung des Unternehmenswerts das Ziel. Typisch dafür ist auch die Bereitschaft, die Beteiligung nicht nur in Hausse-Zeiten der Börse, sondern auch in schlechten Zeiten zu halten, dabei das Management aktiv zu unterstützen und damit gerade auch in strategischen – auf die Eigentümerstellung durchschlagenden – Fragen zu begleiten.⁷ Die Einflussnahme ist nicht nur anlassbezogen, sondern systematisch und zielgerichtet. Typischerweise werden die Grundlinien der Beteiligungsunternehmen in wichtigen Unternehmensbereichen mitbestimmt.⁸ Gerade bei Ausübung der typischen Eigentümerrechte hat er das Stimmrecht in der Generalversammlung und Hauptversammlung auszuüben oder ist es auch zulässig, zur Umstrukturierung des Vermögens die Besetzung bestimmter Organe in den Beteiligungsunternehmen mitzubestimmen (Aufsichtsrats- und Leitungspositionen).

C. Die Aufgaben des Stiftungsvorstands

Der Stiftungsvorstand hat nunmehr als Vertreter der Stiftungsholding bzw des Kernaktionärs der Privatstiftung die Rolle des Eigentümers auszuüben. Er ist gesetzlicher Vertreter dieses Rechtsträgers, dem diese Rolle zufällt, daher hat er auch die Aufgabe und Pflicht, diese Rolle auszufüllen. Der vom Stifter in der Stiftungserklärung formulierte Zweck ist die vorrangige Handlungsanleitung für den Stiftungsvorstand, der am Vermögen der Privatstiftung und an der konkreten Tätigkeit auszurichten ist. Der Stiftungszweck kann allgemein oder konkret gefasst werden. Sinnvoll ist es, den Rahmen zwar vorzugeben, aber dennoch offen zu halten.⁹ Der Vorstand hat innerhalb des vorgegebenen Rahmens auf eine möglichst flexible Gestaltung und Anpassungsfähigkeit für zukünftige Änderungen zu sorgen. Der Stiftungszweck prägt als Handlungsanleitung des

7 *Kalss*, Journal für Rechtspolitik 2005, 26, 28; *Nowotny* in Zukunftsforum (Hrsg), Strategisches Eigentum für Österreichs Zukunft (2002) 77, 83; *Eiselsberg*, Stiftung und Unternehmen, eoclex-Skript 2007/36, 4; *Jordis/Hagleitner*, AR aktuell 2/2007.

8 *Unterköfler*, Der Stiftungsvorstand als »Manager« – Manager als Stiftungsvorstände? in *Eiselsberg* (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, 297 ff.

9 S auch *Weninger*, ZUS 2012, 40, 43.

Stiftungsvorstands maßgeblich den Sorgfaltsmaßstab für dessen Handeln. Zusätzlich bestimmen auch Größe, Vermögensstruktur und Ausrichtung der Privatstiftung das konkrete Handeln des Vorstands.

D. Leitung der Privatstiftung als Spitze der Unternehmensgruppe

So klar diese grundsätzliche Pflicht für den Stiftungsvorstand ist, so wenig ist damit die konkrete Gestaltung dieser Leitungsfunktion bzw die Ausübung der Eigentümerrolle festgelegt. Zur Konkretisierung dieser Leitungsaufgabe in der Privatstiftung als Eigentümer von Unternehmensbeteiligungen kann auf das Konzernrecht zurückgegriffen werden. Ähnlich wie im allgemeinen Konzernrecht¹⁰ liegt es grundsätzlich im Ermessen des Stiftungsvorstands, in welcher Form er diese Leitungs- oder Eigentümerfunktion ausübt. Das Spektrum seiner Gestaltungsmöglichkeiten reicht – im Allgemeinen – von der eigenständigen Ausführung bis zur weitgehenden Delegation der Gruppenleitung. Weder entsteht bei Bestehen einer Beteiligungsstruktur kraft Beteiligung eine Konzernleitungspflicht, noch eine sonstige Ausübungspflicht bestimmter Rechte und Pflichten durch die Privatstiftung. Vielmehr hat der Stiftungsvorstand bei Begründung einer derartigen Beteiligungsstruktur – ebenso wie ein Vorstand einer sonstigen Muttergesellschaft – als erste grundlegende Entscheidung der Geschäftsführung in der Gesellschaft, somit im konkreten Fall in der Privatstiftung, die die Beteiligungen hält, die Frage zu klären, wie er die Konzernleitung bzw Eigentümerrolle anlegen und wahrnehmen will.

Auch diese Entscheidung obliegt im Grundsatz dem Stiftungsvorstand als Leitungsorgan der Privatstiftung. Grundsätzlich ist dies eine eigenständige Befugnis und Entscheidungszuständigkeit des Stiftungsvorstands. Diese Entscheidung ist gerade in Privatstiftungen als Anteilseignerin von Familienunternehmen nicht eine isolierte und alleinige Entscheidung des familienexternen Vorstands, sondern typischerweise ganz maßgeblich bereits durch den Stiftungszweck in der Privatstiftung, durch konkretisierende Festlegungen des Stifters, durch Richtlinien oder Weisungen oder faktische Umstände vorgegeben. Bei Fehlen einer derartigen – expliziten – Vorgabe in der Privatstiftung ist diese Festlegung vielfach an eine Mitentscheidung des Stiftungsbeirats gebunden, in dem Begünstigte und damit Familienangehörige, dh Kinder und die Rechts-

¹⁰ *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz² I (2012) § 15 Rz 60; *Kalss* in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*³ II (2008) § 76 Rz 124, *Lutter* in *Lutter* (Hrsg), *Holding-Handbuch*⁴ (2004) § 1 Rz 19.

nachfolger des Stifters, vertreten sind und so die Frage der Ausgestaltung der Leitung der Unternehmensgruppe maßgeblich mitbestimmen.¹¹

Je nachdem, wie diese grundlegende Entscheidung der Ausgestaltung der Leitung und Ausprägung der Eigentümerrolle fällt, sind die künftige Ausgestaltung des Aufgabenbereichs und des Pflichtenbündels und die Ausprägung der konkreten Tätigkeiten des Stiftungsvorstands vorgezeichnet. Naturgemäß ist diese grundlegende Entscheidung, wie die Leitung durch die Privatstiftung oder eben die Ausübung der Eigentümerrolle angelegt wird, nicht einmalig und endgültig. Vielmehr ist sie regelmäßig zu überprüfen und den Gegebenheiten anzupassen und sind auch die damit einhergehenden Regelwerke darauf abzustimmen und anzupassen.¹² Die Ausgestaltung des Amtes und der Aufgaben des Stiftungsvorstands hängt sehr stark von der »Verfügbarkeit« gut geeigneter Mitglieder der Familie selbst ab, aktiv in der operativen Leitung des Unternehmens tätig zu sein oder eine aktive Rolle in der Kontrolle der Privatstiftung auszuüben (vgl unten P IV.). Der Tod des unternehmens- bzw stiftungsprägenden Stifters wird vielfach Anlass sein, genau diese Entscheidung noch einmal zu überdenken. Die Ausübung der Leitungstätigkeit, jedenfalls auch der erstmaligen Entscheidung der grundsätzlichen Gestaltung der Leitung, setzt unternehmerische Erfahrung, Gespür und Weitblick voraus. Dafür sind die schlichte Abarbeitung von Regularien und die Einhaltung von Formalvorschriften sowie allfällige Alibibemerkungen für das Protokoll zu wenig.

E. Sorgfaltspflicht des Stiftungsvorstands

Die Mitglieder des Stiftungsvorstands haben ihre Aufgaben mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen. Sie haben daher ihre Aufgaben im Stiftungsvorstand wie ein ordentlicher und gewissenhafter, das geschäftliche Unternehmen auf eigene Rechnung betreibender Unternehmer zu erfüllen, der sein Beteiligungsvermögen verwaltet. Der Sorgfaltsmaßstab hängt von der Größe des Unternehmens, von der Branche, von der Marktposition und von der Zusammensetzung des Stiftungsvermögens sowie von der konkreten Gestaltung der Rahmenbedingungen, dh der Zuständigkeiten und Mitwirkungsbefugnisse anderer Personen und Gremien ab. Die konkrete Ausprägung der Handlungspflichten ist einerseits durch den Stiftungszweck gegeben, durch das gewidmete Vermögen, insbesondere aber auch durch die Grundentscheidung der Art der Ausübung der Leitung und Ausübung der

¹¹ Feyl, ZUS 2012, 55, 56 f.

¹² Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 3/42.

Eigentümerrolle. Diese hängen – wie bereits dargelegt – maßgeblich auch von der Familiensituation und dem Engagement der Familie in der Privatstiftung und im Familienunternehmen ab.

Dem Stiftungsvorstand kommt ähnlich wie einem Vorstand einer AG oder dem Geschäftsführer einer GmbH bei seinen unternehmerischen Entscheidungen – wie auch bei der Art der Ausübung der Leitung – ein Ermessensspielraum zu.¹³ Unternehmerische Entscheidungen sind Entscheidungen mit Alternativen und daher auch mit Unsicherheiten. Wenn er sein unternehmerisches Ermessen ordnungsgemäß ausführt, handelt er weder pflichtwidrig noch kann ihm ein Vorwurf gemacht werden, sodass er nicht zur Verantwortung und Haftung herangezogen werden kann.¹⁴ Das Privileg der Freistellung von Haftung und Pflichtwidrigkeit kommt einem Stiftungsvorstand aber nur zu, wenn er bei Ausübung des unternehmerischen Ermessens mehrere Voraussetzungen einhält. Er muss im Rahmen der Gesetze und Verordnungen sowie der Stiftungssatzung, der Geschäftsordnungen und allfälliger nachgeordneter Richtlinien handeln. Er hat den jeweiligen Sachverhalt sorgfältig ex ante zu beurteilen und die jeweilige Entscheidung unter Aufbereitung einer ausreichenden und angemessenen Information zu treffen. Er muss im Interesse der Privatstiftung, somit in Ausübung des Zwecks der Privatstiftung, handeln. Zweckfremde Geschäfte fallen nicht in den Kreis unternehmerischen Ermessens. Der Beurteilungsmaßstab darf nicht eklatant überschritten werden. Ein Stiftungsvorstand darf daher kein überzogenes Risiko eingehen. Schließlich darf der Stiftungsvorstand keinem Interessenkonflikt unterliegen. Er darf daher keinen Eigeninteressen neben der Verfolgung des Zwecks der Privatstiftung nachgehen. Eigeninteressen und Konfliktsituationen bestehen etwa, wenn er konkrete Einzelgeschäfte, die Gegenstand seiner Leitungsentscheidung sind, von ihm mit einem Beteiligungsunternehmen ausgeführt werden oder er dieses beratend begleitet. Das Bestehen eines Interessenkonflikts macht die Entscheidung als solche noch nicht unwirksam und pflichtwidrig, allein dem Stiftungsvorstand kommen nicht ex lege die hier vorgezeichnete Haftungsfreistellung und Befreiung von der Pflichtwidrigkeit zu.¹⁵

13 *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 12/105.

14 *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 12/105; *Kalss/Müller* in Gruber/*Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) § 25 Rz 196, 783; *Briem*, Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010, 109, 111; *Karollus*, Gedanken zur Haftung des Stiftungsvorstands, insbesondere im Zusammenhang mit unternehmerischen Ermessensentscheidungen und mit der Schutzpflicht des Stiftungsvorstands für die Stiftungs-Governance, in Jabornegg/*Kerschner/Riedler* (Hrsg), Haftung und Versicherung – Festschrift für Rudolf Reischauer (2010) 209, 228.

15 Vgl *Briem*, PSR 2010, 109, 111; *Kalss/Müller* in Gruber/*Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 25 Rz 196, 783; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 12/105.

F. Organisation des Stiftungsvermögens

Eine der wesentlichen Aufgaben des Stiftungsvorstands ist die Organisation des (Beteiligungs-)Vermögens der Privatstiftung. Gemeint ist damit, dass etwa eine Zwischenholding errichtet werden muss oder Beteiligungen darunter zu ordnen und allfällige Umstrukturierungen vorzunehmen sind. Mit der grundlegenden Entscheidung der Art der Führung der Beteiligungsunternehmen ist auch die Entscheidung der Organisation des Eigentums zu treffen. Wird die Führung weitestgehend an eine Holding unter der Privatstiftung delegiert, kann diese Aufgabe im Folgenden von der Geschäftsführung der Zwischenholding (= Familienholding, Leitungs- oder Verwaltungsholding) – im Konkreten daher auch von Familienmitgliedern – ausgeführt werden (vgl unten **Pkt ##**).¹⁶ Bei mangelnder vollständiger Delegation der Leitungsaufgaben auf eine Zwischenholding liegen noch Aufgaben der Leitung beim Vorstand der Privatstiftung. Jedenfalls verbleiben auch die Eigentümerrechte gegenüber der Holding in der Privatstiftung.

Dem Stiftungsvorstand obliegt jedenfalls eine bestimmte Kompetenz der Leitung und Ausübung der Eigentümerrechte und damit auch der Kontrolle über die nachgeordneten Unternehmen. Er hat unternehmerische Entscheidungen zu treffen, die mit Risiko verbunden sind. Der Vorstand ist im Rahmen der unternehmerischen Entscheidungen zur risikobewussten Entscheidungsfindung berufen. Risikobewusste Entscheidungsfindung ist naturgemäß nicht mit dem blinden Eingehen von Risiko gleichzusetzen. Risikobewusste Entscheidungsfindung bedeutet zudem nicht völlige Risikoaversion und völligen Entscheidungsstillstand im Stiftungsvorstand. Der Maßstab für den Stiftungsvorstand als Vertreter des Eigentümers ist daher der sorgfältig unternehmerische Eigentümer, der bereits die grundlegende Entscheidung der Ausübung der Eigentümerrolle getroffen hat und der nunmehr je nach Ausgang der ersten grundlegenden Entscheidung oder Vorgabe diese unternehmensbezogene Rolle wahrnehmen muss. Die Wahrnehmung der Leitungspflicht in der Privatstiftung verlangt aktives Handeln. Die schlichte Teilnahme an zwei oder drei Routinesitzungen des Stiftungsvorstands ohne Initiative und ohne jedes weitere Engagement wird die Sorgfaltsanforderungen nur schwer erfüllen. Verlangt ist eine aktive, dem jeweiligen Leitungsmodell und Leitungsstil entsprechende Tätigkeit der Stiftungsvorstände, um der von ihnen gewählten bzw vorgegebenen Leitungsform zu entsprechen. Wenn eine Person des Stiftungsvorstands ein Amt übernommen hat, hat er das Recht, diese Entscheidungen zu treffen.

¹⁶ Feyl, ZUS 2012, 55, 57.

Wenn nunmehr dem Stiftungsvorstand dieses Recht zukommt, hat er auch die Pflicht, es entsprechend auszuüben, wofür er unternehmerisches Ermessen in Anspruch nehmen kann.¹⁷

Der vielfach als Textbaustein in der Stiftungssatzung vorgegebene Stiftungszweck der »Vermögenserhaltung der Privatstiftung« hindert eine risikobewusste Ausübung der Eigentümerrolle nicht, vielmehr verlangt er sie geradezu. Nur durch aktive Gestaltung und Bewirtschaftung kann das Vermögen der Privatstiftung erhalten werden. Je nach der grundlegenden Ausgestaltung der Rolle der Privatstiftung in der Unternehmensgruppe sind daher nicht nur ein passives Verharren in der Administrierung und die starre Einhaltung eines Regelablaufs (zB Erstellung eines Jahresabschlusses) ausreichend, sondern ist eine aktive Gestaltung des Vermögensmanagements notwendig.

IV. Kontrolle der Privatstiftung

Die Leitung der Privatstiftung ist vom Gesetz klar dem Vorstand zugewiesen. Für die Kontrolle sieht es lediglich einen Mindestrahmen vor: Dem Stifter steht es frei und ist er zugleich gut beraten, seiner Stiftung ein angemessenes Kontrollkonzept zu verpassen. Bei der Kontrolle der Privatstiftung sind drei gesetzlich-konzeptionell vorgegebene Herausforderungen zu bewältigen, nämlich

- ▷ ein gesetzlich schwach eingerichtetes Kontrollregime (plakativ Kontrolldefizit),
- ▷ die Besetzung des Vorstands mit Familienfremden,
- ▷ die Abberufung und Bestellung der Vorstandsmitglieder durch das Gericht.

A. Kontrollregime

Der Stiftungsvorstand leitet die Privatstiftung und verwaltet ihr Vermögen. Da Anteilseigner – anders als bei einer Gesellschaft – fehlen, unterliegt die Privatstiftung ohne entsprechende satzungsmäßige Gestaltung dem strukturbedingten Dilemma eines möglichen Kontrolldefizits.¹⁸ Die Judikatur hat nun bereits mehrfach das allfällige Fehlen des Kontrolldefizits angesprochen. Bei der Bewältigung dieser Frage zeigt sich die Judikatur aber äußerst restriktiv und wider-

¹⁷ Hofmann, Überlegungen zur Verantwortung des Stiftungsvorstands bei Investitionsentscheidungen, PSR 2010, 173, 179.

¹⁸ OGH 15.10.2012, 6 Ob 157/12z; OGH 24.2.2011, 6 Ob 195/10k; OGH 12.1.2012, 6 Ob 244/11t.

sprüchlich. Das PSG ist nach dem Konzept des Gesetzgebers 1993 so ausgestaltet, dass Begünstigten von Gesetzes wegen nur ganz bestimmte, explizit umschriebene Rechte zukommen sollen und dass Begünstigte von maßgeblichen Entscheidungs- und Kontrollfunktionen der Privatstiftung ausgeschlossen sind.

Die Judikatur räumt nun punktuell in gerichtlichen Verfahren in weitem Maß Begünstigtenrechte ein, was sich etwa beim Auskunftsrecht oder beim Recht auf Abberufung eines Stiftungsvorstands zeigt. Die Judikatur will damit das von ihr beschriebene Kontrolldefizit bewältigen. Die Entscheidungskette des OGH bietet keine Erklärung dafür, warum die vom Stifter selbst eingeräumten Kontrollrechte für Begünstigte unzulässig, hingegen die Kontrollausübung über gerichtliche Verfahren zulässig sein soll. Damit wird eine sinnvolle und frühzeitige Bewältigung der Kontrollfrage verhindert. Die Judikatur hält sich auch nicht mit der Frage auf, ob die Bewältigung der Kontrollfrage allein durch die Anerkennung von Verfahrenspositionen möglich sein soll, nicht aber durch sinnvoll und sachgerecht ausgestaltete Kontrolltätigkeit durch Begünstigte oder sonstige Personen in der Stiftung selbst.

Die laufende Tätigkeit von Begünstigten in Kontrollorganen der Stiftungen bringt mehrere Vorteile mit sich: Begünstigte können laufend in die Tätigkeit der Stiftung eingebunden sein und dadurch einen viel tieferen Einblick in die Angelegenheiten der Stiftung erhalten, wodurch auch ein eigenes Verständnis für Entscheidungen in der Stiftung entwickelt wird. Zugleich wird dauerhaft eine Transparenz unter den Beteiligten der Stiftung hergestellt und so wechselseitiges Vertrauen geschaffen.¹⁹ Naturgemäß wird es aber bei einem offenen Zugang zum Teil dennoch Unzufriedene geben, die sich benachteiligt fühlen oder zum Teil auch tatsächlich nachteilig behandelt werden. Es wird somit eine widersprüchliche Festlegung des Privatstiftungsrechts herbeigeführt, die auf punktuellen ex post-Schutz durch aufwendige gerichtliche Verfahren setzt und einen sinnvollen begleitenden Präventivschutz durch Kontroll- und Mitwirkungsbefugnisse der Begünstigten zurückdrängt.²⁰

Auf der Basis des gesetzlichen Konzepts und der Zuspitzung durch die Judikatur haben nun die Betroffenen die Privatstiftung im Interesse des dauerhaften Erhalts ihres Familienunternehmens auszurichten und die genannten Herausforderungen zu bewältigen.²¹ Die Privatstiftung hat keinen Eigentümer, es fehlt die ordnende und kontrollierende Kraft des Eigentums. Daher ist es erforderlich, zur Vermeidung opportunistischen Verhaltens und eigennützi-ger Interessenverfolgung des Vorstands zulasten der Privatstiftung und der Be-

19 Vgl. *Résuméprotokoll des Workshops »Aktuelles zum Stiftungsrecht«*, GesRZ 2012, 345, 347.

20 S. dazu *Résuméprotokoll »Aktuelles zum Stiftungsrecht«*, GesRZ 2012, 345, 347.

21 Vgl. *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 7/153 ff.

günstigten diese stiftungstypische strukturelle Kontrollfrage auszugleichen.²² Das Kontrollkonzept kann nicht nur durch nachfolgende gerichtliche Verfahren und Antragstellung durch Begünstigte ausgeglichen werden, sondern vielmehr durch entsprechende präventive Maßnahmen in der Stiftungsurkunde, etwa durch Einrichtung von Kontrollorganen und Kontrollrechten zugunsten von Stiftern und Begünstigten oder sonstiger Personen. Die Durchmusterung der Stiftungssatzungen mit umfangreichen Regeln, die auf die Kontrolle ausgerichtet sind, belegt, dass es viel zu generalisierend ist, in jeder Privatstiftung vom Bestehen einer Kontrollücke auszugehen.

B. Sollbruchstelle Stiftungsvorstand

Begünstigte sind vom Amt des Stiftungsvorstands ausgeschlossen. Sie sind im Regelfall die Rechtsnachfolger des Unternehmers und Stifters. Daher besteht von Gesetzes wegen in der Privatstiftung als Organisationsform für ein Familienunternehmen eine Sollbruchstelle. Die Inkompatibilität reicht bis zu Familienangehörigen der 3. Seitenlinie. Außer für den Fall, dass Schwesterstiftungen für einzelne Familienstämme oder Geschwister errichtet werden, sind somit Familienmitglieder nicht für die Mitgliedschaft im Stiftungsvorstand zugelassen. Eine allfällige Bestellung ist absolut unwirksam, das Stiftungsvorstandsmandat kann nicht wirksam begründet werden. Man mag gerade auch angesichts einer rechtsvergleichenden Umschau in den Nachbarrechtsordnungen (Liechtenstein, Schweiz, Deutschland)²³ diese Ausschlussklausel ablehnen. Sie ist aber geltendes Recht. Der Stiftungsvorstand muss daher zwingend aus familienfremden Personen bestehen. Dies kann für verschiedene Familien durchaus von Vorteil sein und kann der Stiftungsvorstand für bestimmte Entscheidungen in der Familie und für das Familienunternehmen Katalysator- oder Mediationsfunktionen übernehmen. Er kann bei entsprechender Besetzung auch den notwendigen Sachverstand, Erfahrungsschatz und Gespür für den Zusammenhalt des Familienvermögens in der Organisation der Privatstiftung einbringen. Jedenfalls hindert aber die gesetzliche Vorgabe eine Besetzung mit Familienmitgliedern, selbst wenn diese alle notwendigen Qualifikationsanforderungen, Fähigkeiten und menschlichen Voraussetzungen sowie die familiäre Rückbindung mitbringen, um dieses Amt auszuüben. Der Gesetzgeber hat damit mit dem wohl angreifbaren Argument der Sicherung der objektiven Verfolgung des

22 *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 7/154.

23 S dazu nur *Kalss*, Die Rechtsstellung der Begünstigten der Stiftung im internationalen Vergleich, in Schurr (Hrsg), *Der Generationenwechsel in der Stiftungslandschaft* (2012), 1, 13 f.

Stiftungszwecks²⁴ in überzogener Weise in die Privatautonomie des Stifters eingegriffen.

Mit dem Verweis auf Abs 2 und Abs 3 sind die Inkompatibilitätsregelungen, die für Begünstigte und deren Angehörige gelten, nunmehr gem § 15 Abs 3a PSG auch auf beauftragte Personen anzuwenden, die deren Interessen im Stiftungsvorstand wahrzunehmen haben. Nach der Judikatur des OGH²⁵ und der nunmehrigen ausdrücklichen Regelung gem § 15 Abs 3a PSG sind auch Personen ausgeschlossen, die im Auftrag von Begünstigten agieren und als deren verlängerter Arm, dh als Marionette, kaschierend als Organträger der Privatstiftung im Stiftungsvorstand tätig sind.²⁶ Damit sollen »ferngesteuerte« Personen, die kraft des Vertragsverhältnisses wie an der Schnur agieren, vom Vorstandsamt ausgeschlossen werden. Nach den Materialien zu § 15 Abs 3a PSG liegt der Grundgedanke dieser Regelungen darin zu verhindern, dass die einen Begünstigten – oder seinen Angehörigen – von der Tätigkeit in einem Stiftungsorgan ausschließenden Unvereinbarkeitsbestimmungen umgangen werden.

Für die Erfüllung von § 15 Abs 3a PSG muss die einem Auftragsverhältnis inhärente Weisungsgebundenheit betreffend die Tätigkeit in dem Stiftungsorgan bestehen. Das Auftragsverhältnis muss sich auf die Tätigkeit in dem Stiftungsorgan beziehen. Angelegenheiten außerhalb der Stiftung sind von dem Auftragsverhältnis iSv § 15 Abs 3a PSG nicht erfasst. Das Weisungs- und Auftragsverhältnis muss schuldrechtlich explizit oder konkludent begründet sein. Einfluss kraft stiftungsrechtlicher Regelungen ist organisationsrechtlicher Natur und fällt nicht unter § 15 Abs 3a PSG. Auszugehen ist etwa von der Zulässigkeit der Wahrnehmung von Steuerangelegenheiten des Begünstigten durch den Steuerberater, wenn dieser zugleich auch Stiftungsvorstand ist – das Bejahen einer Inkompatibilität iSv § 15 Abs 3a PSG wäre diesfalls überschießend.²⁷

Das Gesetz will damit Rechtssicherheit schaffen und die Unvereinbarkeitsbestimmung, die den Begünstigten trifft, in möglichst enger und rechtssicherer Weise auf bestimmte »marionettengleich« agierende weisungsgebundene Beauftragte erstrecken, die bei Ausübung ihres Vorstandsamts nach dem Willen des Stiftungsbegünstigten in der Privatstiftung agieren sollen. Daher soll nicht

24 Dazu *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung (2011) 339 f, 370 f.

25 OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f.

26 *Arnold*, Stiftungsrechtliche Änderungen für Privatstiftungen durch das BBG 2011, GesRZ 2011, 101, 107 f; *Briem*, Die Novelle zum Privatstiftungsgesetz, PSR 2011, 6, 12 f.

27 *Lauss*, Rahmenbedingungen für Stiftungsvorstandsmitglieder: Unvereinbarkeit bei Vertretung eines Begünstigten, Genehmigungsbedürftigkeit der Doppelvertretung, Parteistellung im Verfahren, in *Eiselsberg* (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 2010, 139, 147; *Kerschbaum/Janovsky*, Unvereinbarkeit der Stellung als »Vertreter« eines Begünstigten mit dem Vorstandsamt in einer Privatstiftung – Praxisfragen zur Entscheidung OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, JEV 2010, 14, 16.

jede Nahebeziehung oder jedes Vertrauensverhältnis zwischen dem Begünstigten und dem Beauftragten von § 15 Abs 3 a PSG erfasst werden. Die Neuregelung ist eine Antwort und Reaktion auf eine unscharfe und daher in der Formulierung sehr weitreichende Entscheidung des OGH.

§ 15 Abs 3 a PSG schließt Auftragnehmer des – einzelnen – Begünstigten aus, die die Interessen des Begünstigten im Vorstand der Privatstiftung ausüben, somit einen permanenten Interessenkonflikt – kraft des Vertrags- und damit einhergehenden Weisungsverhältnisses zwischen dem Begünstigten und dem Vorstandsmitglied – in das Leitungsorgan der Privatstiftung und damit in die Privatstiftung selbst hineintragen. Damit sind die Wahrnehmung und Ausführung von *Einzelinteressen* eines externen Weisungsgebers – des Begünstigten – durch das Vorstandsmitglied im Kollegialorgan Stiftungsvorstand angesprochen.

Naturgemäß hat ein Mitglied des Stiftungsvorstands gem § 17 Abs 1 PSG primär den Stiftungszweck zu erfüllen und damit das Interesse der Privatstiftung zu erfüllen und darf nicht auf vertragliche Weisung des Begünstigten gegen den Zweck der Stiftung agieren. Dennoch sieht das Gesetz die darauf zugeschnittene Inkompatibilität vor und will mit einer weiteren Absicherung jedenfalls sicherstellen, dass Mitglieder des Stiftungsvorstands nicht gegen das Interesse und den Zweck der Stiftung insgesamt agieren. Ein Berater der Familie unterliegt daher jedenfalls der Gefahr, in diese Inkompatibilitätsregelung einbezogen zu werden, selbst wenn die Inkompatibilität nicht gegeben ist, weil etwa die Mandatierung durch den Stifter, der nicht Begünstigter ist, vorgenommen wird. Jedenfalls besteht die latente Gefahr des Interessenkonflikts, der Anlass zur Abberufung aus wichtigem Grund durch den Stifter sein kann.²⁸ Generell ist daher die Übernahme des Amtes als Stiftungsvorstand durch den Anwalt der Familie wegen der Gefahr des Interessenkonflikts abzulehnen.

Eine Inkompatibilität – unabhängig davon, ob sie ursprünglich besteht oder erst nachträglich eintritt – führt nämlich zur automatischen Beendigung des Vorstandsamtes, ohne dass es eines weiteren Schrittes, somit einer Abberufung oder eines Rücktritts des betroffenen Mitglieds bedürfte. Die Inkompatibilität soll nur als schärfstes Mittel zur Bewältigung möglicher Interessenkonflikte eingesetzt werden und die Umgehung eines zu starken Einflusses einzelner Begünstigter auf die Privatstiftung hintangehalten werden. Konsequenterweise formuliert das Gesetz einen klar abgegrenzten und eng gefassten Tatbestand.

Der Vorstand der Privatstiftung wird daher typischerweise von Mitgliedern außerhalb der Familie besetzt. Meist sind dies Freunde oder Berater des Stifters, die überwiegend schon allein wegen ihrer völlig anderen beruflichen Aus-

28 OGH 6 Ob 101/11p, PSR 2012, 32.

richtung gerade nicht die unternehmerische Erfahrung des Stifters oder seiner Rechtsnachfolger haben. Im Einzelfall kann dies eine Chance und eine Katalysatorfunktion für das Familienunternehmen entfalten und beseitigt bei konsequenter Anwendung von § 15 Abs 3 a PSG auch Interessenskonflikte.

Regelmäßig wird aber durch diese Struktur das Anliegen erschwert, das Familienunternehmen tatsächlich im Einfluss der Familie zu halten und die Werte und unternehmerischen Ideen der Unternehmerfamilie dauerhaft in den Beteiligungsunternehmen der Privatstiftung, dh in Familienunternehmen, umzusetzen. Die gesetzliche Vorgabe hat daher die Herausforderung, dauerhaft den unternehmerischen Geist in der Verwaltung der die Unternehmensanteile haltenden und bündelnden Privatstiftung zu erhalten und die Rechtsnachfolger des Unternehmers und Stifters für das Unternehmen zu interessieren.

C. Weitreichende gerichtliche Kompetenz bei Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands

Schließlich ist zu bedenken, dass die Befugnisse der Familie oft nicht klar festgelegt sind. Gerichte nehmen bei der Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands eine zunehmend bedeutende Rolle ein, wie die zahlreichen oberstgerichtlichen Judikate eindrücklich zeigen und was auch von Entscheidungen der Instanzgerichte bestätigt wird.²⁹ Die Zahl der gerichtlich abberufenen und auch bestellten Vorstandsmitglieder ist in den letzten Jahren sprunghaft gestiegen. Vielfach reicht ein einfacher Zuruf eines tatsächlich benachteiligten oder sich oft auch nur benachteiligt fühlenden Begünstigten aus, um gerichtliche Entscheidungen herbeizuführen. Konflikte zwischen Familienmitgliedern, insbesondere in der Generationenfolge, werden somit nicht innerhalb des Familienunternehmens oder der Stiftung ausgeführt, sondern sofort durch das nur einzelne Aspekte aufgreifende Gericht ausgetragen. Gerichte sind aber vor allem bei der Bestellung von Stiftungsorganen überfordert. Die gerichtliche Bestellung ist eben nicht der Abschluss eines aufwendigen Auswahlverfahrens, in dem nach den am besten geeigneten Personen gesucht wird, sondern kann nur kurzfristig eine Notsituation zur Sicherung der Vertretung überbrücken.

29 ZB OLG Wien 28 R 7/12y, PSR 2012, 134.

V. Familiengeführte Familienunternehmen nach dem Ableben des Stifters

Nunmehr ist auf die Trennung der Leitung der Privatstiftung und der Leitung bzw Führung des Familienunternehmens zurückzukommen. Die begünstigte Familie ist von der Leitung der Privatstiftung ausgenommen; möglich ist aber dennoch die Leitung oder Führung des Familienunternehmens selbst.³⁰ Familiengeführte Stiftungen lassen sich in verschiedener Weise verwirklichen.

- ▷ Die Familie führt das Familienunternehmen aus der Stifterrolle.
- ▷ Die Familie führt das Familienunternehmen aus dem Familienbeirat der Privatstiftung.
- ▷ Die Familie führt das Familienunternehmen aus der Holding, deren Anteile die Privatstiftung hält. Die Leitung wird
 - a. aus der Organstellung,
 - b. aus der Gesellschafterstellung vollzogen.
- ▷ Die Familie führt das Familienunternehmen aus der Holding und zugleich aus dem Stiftungsbeirat der Privatstiftung.

A. Führung des Unternehmens aus der Stifterrolle – mehrere Stifter

Vielfach ist nicht nur eine Person als Stifter bezeichnet, sondern mehrere Familienmitglieder. Für die wirksame Einräumung der Stifterrolle reicht es, in der ursprünglichen Stiftungsurkunde als Stifter bezeichnet zu werden. Nachträglich kann die Stifterrolle nicht begründet werden. Vielfach nimmt der Stifter den Ehepartner oder die Kinder in die Stiftungsurkunde auf. Die Aufnahme weiterer Familienmitglieder als Stifter sichert damit eine Verlängerung der Ausübung der Stifterrechte. Die Stifterrechte können daher nach dem Tod des Erst- oder Hauptstifters zumindest in die zweite oder dritte Generation ausgedehnt werden. Spätestens aber mit dem Tod der Zweit- oder Nebensterber erlöschen die höchstpersönlichen Stifterrechte, insbesondere das Änderungs- und Widerrufsrecht. Sie können gem § 3 PSG nicht übertragen werden. In der Praxis wird teilweise eine juristische Person als Stifter eingesetzt, etwa eine sogenannte Stifter-GmbH, die im Einfluss der Familie steht. Damit wird ein Instrument geschaffen, um zumindest das Änderungsrecht, das auch juristischen Personen

30 *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 7/159 ff.

zukommt, zu bewahren. Die Haltung der Judikatur zu dieser Form der Perpetuierung des Stiftereinflusses ist noch nicht geklärt. Jedenfalls zeigte sich der OGH bei Verwendung einer Personengesellschaft äußerst restriktiv.³¹ Die Stifter-GmbH muss einen Unternehmensgegenstand ausweisen, der über die Ausübung der Stifterrechte hinausgeht, etwa die Führung und Koordination des Familienunternehmens insgesamt.³²

Eine weitere Möglichkeit, Einfluss auf die Stiftung zu nehmen und die Stifterrechte fortzuführen oder überhaupt erst neu zu schaffen, liegt in der Möglichkeit der Errichtung einer Substiftung. Eine Substiftung ist eine Stiftung, bei der eine schon bestehende Privatstiftung als Stifterin auftritt.³³ Im Regelfall stiften neben ihr auch noch andere Personen, nämlich insbesondere die Rechtsnachfolger des Stifters. Die Errichtung einer Substiftung hat im Regelfall zwei verschiedene Zwecke, nämlich den der Perpetuierung der Stifterrechte, zudem den der Teilung des Stiftungsvermögens und der Verselbstständigung verschiedener Vermögenswerte zugunsten einzelner Begünstigter oder Begünstigtenkreise. Damit erlangen die Rechnungskreise³⁴ einer Stiftung eine institutionelle Verfestigung und organisatorische Verselbstständigung. Die Errichtung einer Substiftung ist nur zulässig, sofern sie in der Stiftungserklärung der ursprünglichen Stiftung ausdrücklich zugelassen wird oder jedenfalls die Übertragung von Vermögen durch eine Privatstiftung auf eine andere Privatstiftung vom Stiftungszweck gedeckt ist. Zulässig ist eine derartige Gestaltung, wenn der Stiftungszweck in der Gründerstiftung sowie in der Substiftung kongruent abgebildet wird. Gläubigerinteressen dürfen gem § 17 Abs 2 PSG nicht gefährdet werden. Die Substiftungen dienen insgesamt der Perpetuierung der Stiftungsrechte, können aber auch dafür eingesetzt werden, bestehende Kontrolldefizite und sonstige Mängel der Stiftungssatzung der ursprünglichen Stiftung auszubessern.

31 OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01v.

32 *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 7/160 ff.

33 *Hasch/Wolffgruber*, Substiftungen – Voraussetzungen, Einsatz und rechtliche Problembe-
reiche, ZfS 2012, 3; *Prechtl-Aigner/Saurer*, Privatstiftungen und Unternehmensnachfolgepla-
nung, ZUS 2012, 44, 46.

34 S dazu als Alternative zur Substiftung *Prechtl-Aigner/Saurer*, ZUS 2012, 44, 48 f.

B. Führung des Familienunternehmens aus dem Familienbeirat

Die Familienmitglieder können durch die Einrichtung eines Familienrats oder Familienbeirats Mitwirkungsbefugnisse in der Privatstiftung zur Steuerung und Kontrolle des Familienunternehmens durch eine entsprechende Regelung in der Stiftungsurkunde eingeräumt erhalten. Der Familienbeirat oder Familienrat nimmt dabei eine Rolle als Ausschuss der Begünstigten oder als Gesellschafterausschuss ein, die für die größere Zahl der Gesellschafter oder Begünstigten die maßgeblichen Eigentümerrechte und die Rechte der wirtschaftlich Berechtigten, somit der Familie, ausüben. Ein derartiger Beirat unterscheidet sich deutlich von einem Aufsichtsrat. Um diesen Unterschied zu unterstreichen, ist es empfehlenswert, sowohl auf der Ebene der Zuständigkeiten als auch auf der Ebene der Organisation vom Aufsichtsrat abweichende Regelungen zu schaffen. Dem Beirat sollen etwa andere Kompetenzen eingeräumt werden als sie typischerweise einem Aufsichtsrat zukommen. Empfehlenswert ist es daher, nicht allein den Zustimmungskatalog gem § 25 PSG, gem § 30j Abs 5 GmbHG oder § 95 Abs 5 AktG in den Aufgabenbereich des Stiftungsbeirats zu transferieren, vielmehr soll die Zustimmung oder Genehmigung des Beirats an maßgeblichen und zentralen Angelegenheiten anknüpfen, die sich eher an § 35 GmbHG orientieren.³⁵ Zugleich ist es sinnvoll, nicht ein Kopfstimmrecht zu normieren, sondern entsprechend der Einbringung der Gesellschaftsanteile und den jeweiligen Beteiligungsquoten oder entsprechend einer fiktiven Rechtsnachfolge nach der Person des verstorbenen Stifters das Stimmrecht im Beirat zu verteilen. Das Kopfstimmrecht kann somit einem Beteiligungsstimmrecht (Kapitalstimmrecht) weichen.³⁶ Schließlich wäre es auch möglich, die Beiratsmitglieder nicht als freie Mandatare auszustatten, sondern sie einer Weisung gegenüber dem von ihnen vertretenen Familienstamm zu unterwerfen. Das Gremium soll vor allem den Ausgleich unter den Familienstämmen leisten. Mit diesen Gestaltungen lässt sich die Einrichtung des Beirats klar sowohl vom Stiftungsvorstand als auch von einem Stiftungsaufsichtsrat abgrenzen. Ein derartiges Organ oder ein Beirat kann mit der Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands betraut werden. Zudem können ihm auch punktuelle Weisungs- und Zustimmungsrechte zu maßgeblichen Angelegenheiten übertragen werden. Schließlich kann er für die Vorbereitung oder Genehmigung strategischer Leitlinien der Privatstiftung herangezogen werden, ebenso für die Auswahl der Begünstigten und die Festlegung der Zuwendung. Neben der Zuerken-

35 Vgl etwa auch *Feyl*, ZUS 2012, 55, 57.

36 *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 7/150.

nung der Rechte an den Beirat wäre es auch möglich, einzelnen Begünstigten bestimmte individuelle Rechte, etwa Zustimmungsrechte zu einzelnen Maßnahmen einzuräumen.

C. Führung des Familienunternehmens aus der Holding

Typischerweise hängt unter der Privatstiftung eine Kapitalgesellschaft als Holding für die weiteren Gesellschaften des Familienunternehmens. Die Inkompatibilitätsregelungen gem § 15 Abs 2 PSG für Familienmitglieder, die typischerweise Begünstigte der Privatstiftung sind und die sie vom Amt des Stiftungsvorstands ausschließen, greifen für die Leitungs- und Aufsichtsfunktionen in den Beteiligungsgesellschaften der Privatstiftung nicht. Begünstigte Familienmitglieder dürfen daher sowohl in der Zwischenholding der Privatstiftung als auch in den operativen Gesellschaften des Familienunternehmens, deren Anteile von der Privatstiftung direkt oder indirekt gehalten werden, Organfunktionen übernehmen. Den Begünstigten oder dem Organ der Privatstiftung, dem Familienbeirat, können auch Zustimmungs- und Vorschlagsrechte für gesellschafts- oder syndikatsvertragliche Bestellungs- und Nominierungsrechte der Privatstiftung für Organbesetzungen in den Beteiligungsgesellschaften eingeräumt werden.³⁷ Vielfach werden in der Holding die Anteile an den operativen Gesellschaften gebündelt. Die Holding übt typischerweise auch die maßgeblichen Steuerungs- und Kontrollfunktionen aus. In der Holding wird daher die Konzernleitung und Konzernüberwachung des Familienunternehmens konzentriert. Die Stiftung selbst übt nur schlichte Eigentümerrechte aus, indem sie die Anteile in der Hand der Familie zusammenhält. Die unternehmerische Leitung und die Konzernführung werden aber nicht von der Privatstiftung, sondern eine Stufe tiefer von der Holding erbracht. Haben die Familienmitglieder die maßgeblichen Organfunktionen inne, steuert und kontrolliert die Familie daher ihr Unternehmen aus den Organfunktionen der Holding.

Möglich ist es auch, dass der Stifter oder sonstige Familienmitglieder neben der Privatstiftung Anteile an der Zwischenholding oder an sonstigen Gesellschaften des Familienunternehmens halten. Der Stifter kann sich diese Anteile von Anfang an zurückbehalten oder nachträglich von der Privatstiftung erwerben. Zulässig ist es aber auch, Anteile von der Privatstiftung später zum Verkehrswert an den Stifter oder seine Rechtsnachfolger zu übertragen oder diese im Rahmen einer Kapitalerhöhung in der Holding oder in der sonstigen Gesell-

37 Vgl Feyl, ZUS 2012, 55, 57.

schaft zu beteiligen, indem die Stiftung zumindest partiell auf ihr Bezugsrecht in der Kapitalerhöhung verzichtet. Zum Teil werden Familienmitgliedern privilegierende Gesellschafterpositionen eingeräumt, dh sie erhalten Mehrstimmrechte, Veto- oder Zustimmungsrechte in der GmbH; in der Aktiengesellschaft werden ihnen Präsenz- oder Zustimmungsrechte zu einzelnen Maßnahmen zuerkannt, um in der von der Privatstiftung mehrheitlich gehaltenen Gesellschaft die Kontrolle zu wahren.³⁸ Die Leitung und Kontrolle werden so auf Gesellschafterebene der Holding oder sonstigen Beteiligungsgesellschaften durch die Familienmitglieder ausgeübt. Besteht nunmehr diese Vermögensverteilung nicht von Anfang an und hat der Stifter oder haben die Familienmitglieder nicht bereits in der ursprünglichen Gestaltung besondere Einflussrechte in der Holding und werden Vermögensumschichtungen und Kontroll- und Einflussverschiebungen nachträglich herbeigeführt, stößt eine derartige Gestaltung an stiftungsrechtliche Grenzen. Wenn mit der Übertragung eines Anteils von der Privatstiftung auf Familienmitglieder oder mit der freiwilligen Verdünnung des Anteils der Privatstiftung und dem Anteilserwerb von Familienmitgliedern im Zuge einer Kapitalerhöhung eine alineare Einflussverschiebung zugunsten der Familienmitglieder einhergeht, liegen derartige Maßnahmen nicht im Interesse der Privatstiftung. Die Maßnahme dient nicht der Erfüllung des Stiftungszwecks, sondern allein der Verwirklichung der Vorstellungen des Stifters oder einzelner Familienmitglieder.

Da diese Anteils- und Kontrollverschiebungen nicht als Maßnahme zur Verfolgung der Interessen der Stiftung gerechtfertigt werden können, sind derartige Gestaltungen nicht als sorgfaltsgemäße Ausübung des unternehmerischen Ermessens durch den Stiftungsvorstand zu qualifizieren.³⁹ Möglich und zulässig ist das Handeln des Stiftungsvorstands, wenn ein entsprechender Auftrag in der Stiftungserklärung verankert wird, dh wenn es eine ausdrückliche Regelung dafür in der Stiftungsurkunde oder Stiftungszusatzurkunde gibt. Im Rahmen eines derartigen Stiftungsauftrags wird festgelegt, wie der Stiftungsvorstand die Privatstiftung zu führen hat. Dadurch können Einzelmaßnahmen angeordnet oder generell Handlungsanleitungen gegeben werden. Enthält die Stiftungserklärung bisher keine derartige Regelung und hat sich der Stifter das Änderungsrecht vorbehalten, können die gewünschten Maßnahmen über eine Änderung der Stiftungserklärung sanktioniert werden. Der Stifter hat daher noch die Möglichkeit, nachträglich einen Stiftungsauftrag zu erteilen. Ist der Stifter allerdings bereits verstorben oder hat sich das Änderungsrecht nicht vorbehalten, kann dieser Stiftungsauftrag nicht mehr nachträglich etabliert

38 Feyl, ZUS 2012, 55, 58.

39 Briem, PSR 2010, 108, 114; Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 7/168.

werden. Eine nachträgliche Änderung gem § 33 Abs 2 PSG durch den Stiftungsvorstand wird wohl nur in besonderen Ausgangslagen möglich sein, wenn der hypothetische Wille des Stifters tatsächlich angenommen werden kann.

D. Führung des Unternehmens aus der Holding und aus dem Familienbeirat

Überlegenswert und zulässig ist auch eine Gestaltung, bei der einzelne Familienmitglieder im Beirat der Privatstiftung vertreten sind und sie zugleich die Geschäfte der Zwischenholding oder einzelner Beteiligungsgesellschaften führen. Der Stiftungsvorstand ist insofern in seiner Funktion zwischen den Familienmitgliedern »eingezwickelt«.⁴⁰ Während in Kapitalgesellschaften eine derartige Gestaltung nicht möglich wäre, wonach ein Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer Tochtergesellschaft zugleich im Aufsichtsrat einer übergeordneten Kapitalgesellschaft vertreten wäre, ist dies in einer Privatstiftung möglich. Der Grund liegt schlicht darin, dass die Privatstiftung nicht echte Konzernmutter des Familienunternehmens ist, sondern insbesondere die grundlegenden Eigentümerrechte ausübt, vor allem aber im Umstand, dass ein Familienbeirat eben nicht aufsichtsratsgleich ist, sondern eher die Rolle des Ausschusses der wirtschaftlich Berechtigten ausübt, somit eher einer Gesellschafterversammlung ähnelt. Auch im Kapitalgesellschaftsrecht ist es nicht ausgeschlossen, dass – insbesondere etwa in Familienunternehmen – der Geschäftsführer ein Familienmitglied und Familiengesellschafter ist, die Geschäfte einer Beteiligungsgesellschaft oder der Zwischenholding führt und zugleich Mitglied der Eigentümer- und Syndikatsversammlung der Gesellschaft ist.

VI. Zusammenfassung

Die Familienstiftung ist ein vielfach eingesetztes Instrument zur Organisation der Leitung und Kontrolle von Familienunternehmen. Um dauerhaft die Leitung des Familienunternehmens durch die Familie auch bei Verwendung einer Familienstiftung sicherzustellen, ist es empfehlenswert, die nicht zulässige Leitung der Privatstiftung durch die Familie mit entsprechenden Kontrollmechanismen und begleitende Gestaltungen zu ergänzen oder zu ersetzen. Das

40 *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 7/64, Rz 7/170.

Zusammenspiel von Privatstiftungsrecht und gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bietet geeignete Konstruktionen, um ausreichend Einfluss auf das Familienunternehmen durch die Familienmitglieder gewährleisten zu können. Jede Rechtsform, daher auch die Privatstiftung, ist so zu gestalten, dass sie dem Interesse der Familie dient, nicht umgekehrt.