

Stiftungsrecht

Jahrbuch 2009

herausgegeben

von

Dr. Maximilian Eiselsberg

Rechtsanwalt in Wien



RECHT

Wien · Graz 2009

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zitiervorschlag: *Autor*, Titel des Beitrages, in *Eiselsberg* (Hrsg), Stiftungsrecht JB 2009, Seitenzahl.

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-0607-0
Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH Nfg KG
Argentinierstraße 42/6, A-1040 Wien
Tel.: ++43 1 535 61 03-24, Fax: ++43 1 535 61 03-25
E-Mail: office@nwv.at

Geidorfgürtel 20, A-8010 Graz
E-Mail: office@nwv.at

www.nwv.at

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2009

Druck: Text-Print Nyomdaipari Kft., Győr

Katharina MÜLLER und René SAURER

Die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften von Privatstiftungen

Inhaltsübersicht

1. Einleitung	190
2. Zur Zulässigkeit der Privatstiftung als Konzernspitze	191
2.1 Allgemeines	191
2.2 Das Verbot der unmittelbaren Unternehmensträgerschaft	192
2.3 Die Privatstiftung als Konzernspitze	194
3. Die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften.....	197
3.1 Allgemeines	197
3.2 Sorgfaltspflicht des Stiftungsvorstandes	197
3.3 Die Möglichkeiten der Organbesetzung im Einzelnen.....	199
3.3.1 Unzulässigkeit der Geschäftsführung durch die Privatstiftung	199
3.3.2 Die Vorstandsmitglieder als Organe der Tochtergesellschaften ...	199
3.3.3 Der Stifter als Organ der Tochtergesellschaft	201
3.3.4 Die Begünstigten als Organe der Tochtergesellschaft	202
4. Das Verbot der Organ- und Überkreuzverflechtung	203
4.1 Corporate Governance.....	203
4.2 Foundation Governance.....	204
4.3 Das GesRÄG 2005	205
4.4 Das Verbot der Organ- und Überkreuzverflechtung und die Privatstiftung	207
4.4.1 Das Verbot der Organverflechtung	207
4.4.2 Das Verbot der Überkreuzverflechtung.....	209
4.4.3 Exkurs: Aufsichtsratsähnlicher Beirat.....	209
5. Schlussbemerkung.....	210

1. Einleitung

Privatstiftungen nehmen im österreichischen Wirtschaftsleben gut 15 Jahre nach der Einführung des PSG eine herausragende Rolle ein. Insbesondere verwalten sie aufgrund von gewidmeten Unternehmensbeteiligungen – zB Geschäftsanteile an einer GmbH oder Aktien einer Aktiengesellschaft – ein beträchtliches Vermögen. So sind an 79 der größten 100 Unternehmen Österreichs Privatstiftungen beteiligt.¹ Mehr als die Hälfte des gesamten Stiftungsvermögens in Österreich besteht aus derartigen Beteiligungen.²

Die Widmung von Unternehmensbeteiligungen an eine Privatstiftung kann verschiedenen Zielsetzungen dienen und unterschiedlich motiviert sein. So kann damit der Zweck verfolgt werden, die Zerschlagung von Vermögenswerten bei einem Generationswechsel zu verhindern. Oder die potentiellen Erben sind an einer aktiven Mitarbeit im Unternehmen nicht interessiert oder nicht dazu geeignet, weshalb die Auswahl der Unternehmensführung einem unabhängigen Organ – dem Stiftungsvorstand – übertragen werden soll.³ Vor allem die Gestaltungsoffenheit der internen Organisationsform der Privatstiftung macht die Einbindung von Privatstiftungen in Konzernstrukturen interessant.⁴ Nach dem PSG hat der Stifter nämlich weit reichende Möglichkeiten eine Organisationsstruktur vorzusehen, die seinen Interessen am besten entspricht.

Unternehmensbeteiligungen haben für die jeweilige Privatstiftung zunächst den Effekt, dass ihr Gewinnausschüttungen aus den operativen Unternehmen zufließen, die sie entsprechend dem Stiftungszweck verwenden kann. Daneben stehen ihr aber auch die sonstigen, mit den Unternehmensanteilen verbundenen Rechte zu, etwa die Möglichkeit, die operativen Unternehmen zu leiten und zu kontrollieren. Die Ausgestaltung dieser Leitungs- und Kontrollrechte ist in der Praxis sehr unterschiedlich geregelt. Insbesondere hat der Stifter oft das Bedürfnis, die Geschäftsführung der operativen Unternehmen an seinen Willen (oder an den Willen von etwaigen Begünstigten) zu binden. Der Stiftungsvorstand ist wiederum zumindest an einer effizienten Kontrolle der operativen Gesellschaft interessiert. Unzählige Konstellationen sind hier denkbar: So kann der Stifter sich oder einen Begünstigten vom Stiftungsvorstand (als Aktionärsvertreter) in den (weisungsfreien) Vorstand oder in den Aufsichtsrat einer AG wählen lassen. Oder der Stiftungsvorstand wählt seine eigenen Mitglieder in den Vorstand oder in den Aufsichtsrat. Bei der GmbH besteht wiederum die Möglichkeit, den Stifter oder den Begünstigten zu Geschäftsführern zu bestellen, die wiederum an die Weisungen des Stiftungsvorstandes gebunden werden können.⁵

Die Autoren zeigen in ihrem Beitrag, dass es nach dem PSG durchaus erlaubt ist, der Privatstiftung Unternehmensbeteiligungen zu widmen. Und nicht nur das: nach dem Wortlaut des PSG ist es auch zulässig, die Privatstiftung als Konzernspitze zu etablieren, wenn auch über die Kompetenzen der Privatstiftung als Konzernspitze Uneinigkeit besteht. So geht etwa *Eiselsberg* davon aus, dass

1 *Bruckner/Fries* in *Frasl/Rieger*, Family Business Handbuch (2007) 177.

2 *Kraus*, Richtig Stiften(2004) 19.

3 Siehe dazu ausführlich *Hochedlinger*, Einbringung von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung, SWK 35/36 2004, 1517 ff.

4 *Lindner/Zollner*, Die Privatstiftung als Baustein der Corporate Governance, ZFR 2006, 90.

5 Siehe dazu ausführlich *Hochedlinger*, SWK 35/36 2004, 1517 ff.

die Privatstiftung die Grenze der anteilsverwaltenden Holding zur (aktiven) konzernleitenden Spitze nicht überschreiten darf.⁶ Die Judikatur spricht hingegen davon, dass die Privatstiftung als Konzernspitze grundsätzlich erlaubt ist, die von der Privatstiftung ausgeübte Konzernleitung jedoch nicht allzu straff sein darf.⁷ Dem Phänomen, dass in der Praxis die Organe in den Tochtergesellschaften häufig mit Personen aus dem Umfeld der Privatstiftung besetzt werden, widmet sich der zweite Teil des Beitrages. Sind solche Konstruktionen zulässig? Welche Interessenskonflikte ergeben sich daraus? Und wie sind diese zu lösen? Was sagen die Foundation Governance Regeln des PSG dazu? Zum Schluss soll anhand des Verbotes der Überkreuzverflechtung gezeigt werden, dass Corporate Governance Regeln, die Eingang in das österreichische Gesellschaftsrecht gefunden haben, durchaus auch von Privatstiftungen zu berücksichtigen sind, insbesondere wenn man – wie der OGH – bejaht, dass sie als Konzernspitze fungieren dürfen.

2. Zur Zulässigkeit der Privatstiftung als Konzernspitze

2.1 Allgemeines

Die Privatstiftung ist nach der gesetzlichen Definition ein Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung der Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zweckes zu dienen.⁸ Die Privatstiftung muss daher gewidmetes Vermögen haben, wobei das PSG dem Stifter grundsätzlich freistellt, in welcher Form er der Privatstiftung das Vermögen widmen will. Demnach können alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, die einen Vermögenswert darstellen, auf die Privatstiftung übertragen werden.⁹ Dem Stifter sind in dieser Hinsicht keine Grenzen gesetzt. Und auch der Privatstiftung selbst ist es aufgrund ihrer unbeschränkbareren Rechtspersönlichkeit möglich, Vermögen jedweder Art zu erwerben, sofern dies der Erreichung des Stiftungszweckes dient.

Allerdings sind der Privatstiftung insofern Grenzen gesetzt, als sie zum einen einem erlaubten, vom Stifter bestimmten Zweck dienen muss und es sich zum anderen um eine erlaubte Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs 2 PSG handeln muss.

Zum Stiftungszweck: Die Privatstiftung muss einen Stiftungszweck haben. Eine Privatstiftung ohne Stiftungszweck ist nicht zulässig.¹⁰ Bei der Bestimmung des Stiftungszweckes ist der Stifter weitgehend frei.¹¹ Es muss sich nur um einen erlaubten Stiftungszweck handeln, das heißt, der Stiftungszweck darf nicht gegen zwingendes Recht verstoßen. Die Errichtung einer sogenannten Selbstzweckstiftung ist nicht erlaubt. Demnach ist es nicht zulässig, eine Privatstiftung zu errichten, deren Zweck ausschließlich die Verwaltung des eigenen Vermögens ist.¹²

6 *Eiselsberg*, Stiftung und Unternehmen, eolex-Script 2007/36.

7 Vgl OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 217/05p.

8 Vgl § 1 Abs 1 PSG.

9 *N. Arnold*, PSG-Kommentar² (2007) § 4 Rz 14.

10 *Csoklich*, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 14.

11 *N. Arnold*, PSG² § 1 Rz 14.

12 *Krejci*, Die Aktiengesellschaft als Stifter, Ges 2005, 28 ff.

Allerdings führt nach herrschender Lehre¹³ nicht jede Thesaurierung von Stiftungsvermögen zu einer unzulässigen Selbstzweckstiftung. Beispielsweise ist es zulässig, das Vermögen bis zu einer bestimmten Frist zu thesaurieren und erst dann den Begünstigten zuzuwenden. Das Stiftungskonzept kann nämlich durchaus auch auf einen längeren Zeitraum ausgelegt sein.

Die Privatstiftung muss aber nicht nur einen erlaubten Stiftungszweck haben. Darüber hinaus darf die Privatstiftung gemäß § 1 Abs 2 PSG

- keine gewerbsmäßige Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben (Z 1);
- nicht die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen (Z 2);
- nicht persönlicher haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft sein (Z 3).

Nach den Materialien soll mit dieser Bestimmung der Tatsache Rechnung getragen werden, dass hinter der Privatstiftung kein Eigentümer steht, der das Risiko seiner Tätigkeit zu tragen hat. Es sei deshalb angebracht, der Privatstiftung die gewerbsmäßige Tätigkeit, aber auch die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft oder die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter in einer Personenhandelsgesellschaft zu untersagen.¹⁴

Die Bestimmung des § 1 Abs 2 PSG ist unbedingt ernst zu nehmen, kann doch ein Verstoß gravierende Folgen haben. Gemäß § 35 PSG hat das Gericht die Privatstiftung nämlich von Amts wegen aufzulösen, wenn sie gegen § 1 Abs 2 PSG verstößt und innerhalb angemessener Frist einer rechtskräftigen Unterlassungsanordnung nicht nachkommt.

Angesichts der erwähnten herausragenden Bedeutung der Privatstiftung für das österreichische Wirtschaftsleben und der Zahl der an Privatstiftungen hängenden Unternehmensbeteiligungen erscheint es zunächst geboten, zu prüfen, inwieweit die Privatstiftung vor diesem Hintergrund überhaupt als Unternehmensträger tätig sein darf.

2.2. Das Verbot der unmittelbaren Unternehmensträgerschaft

Wie bereits dargestellt, verbietet § 1 Abs 2 Z 1 PSG die gewerbsmäßige Tätigkeit der Privatstiftung, wobei das Gesetz keine Definition des Begriffs „gewerbsmäßige Tätigkeit“ gibt. In der Lehre wurde daher versucht insbesondere mit Rückgriff auf die im allgemeinen Handelsrecht gebrauchte Terminologie den Begriff zu definieren. Im Handelsrecht wird unter Gewerbe jede selbständige auf Dauer angelegte und berufsmäßig organisierte, jedoch nicht freiberufliche Tätigkeit verstanden, die auf Gewinn, zumindest aber unternehmererhaltenden Erwerb durch Erzielung von Leistungsentgelten gerichtet ist, und darauf abzielt, wirtschaftlich werthafte Leistungen auf dem Markt anzubieten.¹⁵

Wie immer man aber den Begriff „gewerbsmäßige Tätigkeit“ definiert, erlauben die Materialien zum PSG zwei Schlussfolgerungen: Zum einen führt Gewinnstreben alleine noch nicht zur Annahme einer gewerbsmäßigen Tätigkeit der Privatstiftung. Dies ergibt sich schon aus der Formulierung in den Materialien,

13 *Eiselsberg*, Der Zweck der Privatstiftung, ZfS 2005, 4.

14 1132 BlgNR XVIII GP.

15 *Krejci*, Unternehmensrecht (2008) 38.

wonach es für die Privatstiftung typisch ist, den Stiftungszweck durch Verwendung „von Erträgen aus dem Vermögen“ zu erfüllen.¹⁶ Da es der Privatstiftung also erlaubt ist, Erträge zu erwirtschaften, kann Gewinnstreben alleine noch nicht zu einer verbotenen gewerbsmäßigen Tätigkeit führen.

Zum anderen sprechen die Materialien davon, dass die Privatstiftung anders als die Handelsgesellschaften nicht als „werbendes Unternehmen“ auftreten darf. Dies wird wiederum so zu verstehen sein, dass es nicht zulässig ist, dass die Privatstiftung mit Gewinnerzielungsabsicht am Markt teilnimmt.¹⁷ Mit anderen Worten: Die Privatstiftung darf gegenüber der interessierten Allgemeinheit nicht so auftreten bzw. mit Anbietern und Nachfragern so kommunizieren, dass ihr wirtschaftliches Tun von den einschlägig interessierten Verkehrskreisen als solches erkannt wird. Dabei ist auf das objektive Erscheinungsbild des Tätigen im Geschäftsverkehr unter Beachtung der Verkehrsanschauung abzustellen.¹⁸

Konkret bedeutet dies, dass eine unmittelbare Unternehmensträgerschaft der Privatstiftung in der Regel ausscheidet. Die Privatstiftung darf daher nicht selbst Eigentümer des Unternehmens sein, also das Unternehmen unmittelbar führen. Ausnahmen bestehen nur dort, wo bloß eine Nebentätigkeit¹⁹ ausgeübt wird oder keine Gewinnabsicht vorliegt. Daneben soll nach *Csoklich*²⁰ eine unmittelbare Unternehmensträgerschaft – also die Inhabung eines Unternehmens ohne Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft – auch in den Fällen möglich sein, in denen das Unternehmen zur Gänze verpachtet wird. Dieser Ansicht kann grundsätzlich beigeprüft werden, da in einem solchen Fall die Privatstiftung nicht selbst mit dem Markt kommuniziert. Vielmehr ist der Pächter am Markt tätig; er bietet die Leistungen (etwa Dienstleistungen in einem gepachteten Hotelbetrieb) an und erhält die Gegenleistungen dafür.

Abgesehen von diesen Fällen (Nebentätigkeit, mangelnde Gewinnabsicht, gänzliche Verpachtung) wird eine unmittelbare Unternehmensträgerschaft nicht zulässig sein. Die Privatstiftung darf daher nicht selbst das Unternehmen führen.

Zulässig ist hingegen die mittelbare Unternehmensträgerschaft. Dabei hält die Privatstiftung eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die ihrerseits ein Unternehmen führt und auf diese Weise operativ tätig ist.²¹ In dieser Konstellation tritt die Privatstiftung wiederum nicht selbst am Markt als „werbendes Unternehmen“ auf.

Die Zulässigkeit dieser mittelbaren Unternehmensträgerschaft ergibt sich im Übrigen schon aus den Materialien, die ausdrücklich die mittelbare Unternehmensträgerschaft sowie die Erhaltung von Unternehmen durch Stiftung von Unternehmensanteilen als Gründe für die Schaffung des PSG nennen. An der grundsätzlichen Zulässigkeit der mittelbaren Unternehmensträgerschaft kann daher kein Zweifel bestehen.

16 Erl RV 1132 BlgNR 18. GP.

17 Vgl *Fries*, Offene Fragen des Privatstiftungsrechts, *ecolex* 1993, 739 mit Verweis auf die Materialien zum PSG, die den Begriff „werbendes Unternehmen“ ausdrücklich verwenden.

18 *Krejci*, Unternehmensrecht (2008) 39.

19 In den Materialien wird als Nebentätigkeit beispielhaft eine Privatstiftung angeführt, die Gemälde der Öffentlichkeit zugänglich macht und Postkarten dieser Gemälde verkauft. Der Verkauf dieser Postkarten stellt eine Nebentätigkeit dar.

20 *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Herlbich* (Hrsg) Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 22.

21 *N. Arnold*, PSG² § 1 Rz 16.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Privatstiftung nicht unmittelbar – sofern nicht einer der genannten Ausnahmefälle vorliegt – wohl aber mittelbar Unternehmensträger sein darf. Aus dieser Erkenntnis kann schon eine erste Empfehlung für die Praxis abgeleitet werden. Soll einer Privatstiftung ein Unternehmen gewidmet werden, so empfiehlt es sich, dieses vorher auf Betriebsführungsgesellschaften auszulagern, anderenfalls die gerichtliche Auflösung der Privatstiftung gemäß § 35 Abs 3 PSG droht.

2.3 Die Privatstiftung als Konzernspitze

Aus den Verboten des § 1 Abs 2 PSG wird darüber hinaus von Lehre und Rechtsprechung²² gefolgert, dass es einer Privatstiftung nur eingeschränkt gestattet sei, als Konzernspitze zu fungieren. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist das im PSG nicht besonders glücklich gelöste Verhältnis zwischen § 1 Abs 2 PSG und § 22 PSG.²³

Wie gezeigt verbietet § 1 Abs 2 Z 2 PSG nämlich die Übernahme der Geschäftsführung von Handelsgesellschaften. Mit anderen Worten: Der Privatstiftung soll es nicht möglich sein, die Verwaltung und Vertretung einer Handelsgesellschaft zu übernehmen. Die Privatstiftung soll selbst nicht nur nicht Eigentümer eines Unternehmens sein dürfen, sondern dieses auch nicht verantwortlich als Geschäftsführer leiten dürfen.

§ 22 PSG sieht hingegen vor, dass Privatstiftungen, die Kapitalgesellschaften einheitlich leiten oder beherrschen, einen Aufsichtsrat haben müssen.

Um die Auswirkung dieser Diskussion auf die Praxis richtig einschätzen zu können, ist es zunächst notwendig, zu klären, was unter dem Begriff „Konzern“ zu verstehen ist. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten beschreibt der Begriff „Konzern“ zunächst eine Konstellation, in dem rechtlich selbständige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengeschlossen sind.²⁴ Wesensmerkmale des Konzerns sind daher einerseits die rechtliche Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen und die einheitliche Leitung andererseits, wobei für letztere die unterschiedlichen betriebswirtschaftlichen Organisationsmittel zur Verfügung stehen, die in unterschiedlicher Intensität eingesetzt werden können. Hauptinstrumente der einheitlichen Leitung sind die Finanz-, Personal-, Investitions-, und Absatzpolitik.²⁵

Im österreichischen Recht hat sich der Gesetzgeber erstmals in § 15 AktG (auf den § 22 PSG auch verweist) des wirtschaftlichen Phänomens angenommen und gesetzlich definiert. § 15 AktG definiert den Begriff „Konzern“ als die Zusammenfassung von rechtlich selbständigen Unternehmen, die entweder unter einheitlicher Leitung stehen oder auf Grund einer Beherrschung (im Sinne einer Beherrschungsmöglichkeit etwa bei einer Mehrheitsbeteiligung mit entsprechendem Stimmengewicht) miteinander verbunden sind. Eine einheitliche Leitung ist in diesem Zusammenhang gegeben, wenn in zentralen Unternehmensfunktionen die maßgeblichen Entscheidungen nach den Vorstellungen der Muttergesellschaft getroffen werden, wobei es nach wohl herrschender Lehre²⁶ ausreicht, dass eine lockere, sich auf Grundsätzliches beschränkende Koordinie-

22 Vgl OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 217/05p.

23 Der OGH spricht in seiner Entscheidung zu 6 Ob 217/05p von einer Antinomie zwischen diesen beiden Bestimmungen.

24 *Kutscher/Schmied*, Internationales Management (2008) 591.

25 Vgl OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 217/05p.

26 Vgl *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 15 Rz 13 mwN.

rung in den wichtigsten Fragen der Unternehmenspolitik vorgenommen wird.²⁷ Die Ausübung bloßer Kontrollfunktionen wird aber nicht ausreichen, um von einer einheitlichen Leitung auszugehen, da dieses jedenfalls ein aktives Handeln voraussetzt.²⁸ Mittel der einheitlichen Leitung sind beispielsweise personelle Verflechtungen, Finanzierungen sowie vertragliche Beziehungen.

Aus dem Verbot der Übernahme der Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft, aber auch dem Verbot der Ausübung einer gewerbsmäßigen Tätigkeit folgerten nun Teile der Lehre, dass es für eine Privatstiftung jedenfalls unzulässig sei, einen Konzern zu leiten. Dafür lieferte *Kalss*²⁹ zwei durchaus stichhaltige Argumente: Zum einen stelle die Konzernleitung gegenüber der Geschäftsführung kein aliud dar, weshalb eine sinnvolle Abgrenzung zwischen verbotener Geschäftsführung und zulässiger Konzernleitung nicht möglich sei. Zum anderen sei auch die unternehmerische Leitungsfunktion als Konzernmutter gegenüber der unternehmerischen Tätigkeit in einer eigenen Gesellschaft kein aliud. Die aktive Konzernleitung sei daher unzulässig. In dieser Hinsicht wird auch *Eiselsberg*³⁰ zu verstehen sein, wenn er davon ausgeht, dass die Privatstiftung die Grenze der anteilsverwaltenden Holding zur (aktiven) konzernleitenden Spitze nicht überschreiten darf.

Auf der anderen Seite sieht aber § 22 PSG eine Aufsichtsratspflicht für Privatstiftungen vor, die Kapitalgesellschaften einheitlich leiten oder auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrschen und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften im Durchschnitt 300 übersteigt und sich die Tätigkeit nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt.

§ 22 PSG sieht demnach drei Fälle der Anteilsverwaltung vor, wobei nur die ersten beiden eine Aufsichtsratspflicht auslösen und zwar

- die einheitliche Leitung;
- eine Beherrschung auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 %, die über die bloße Verwaltung hinausgeht;
- die „bloße“ Verwaltung der Unternehmensanteile.

Somit zeigt sich, dass zwischen der bloßen Verwaltung der Unternehmensanteile auf der einen Seite und der einheitlichen Leitung und Beherrschung³¹ auf der anderen Seite ein Unterschied bestehen muss. Dieser Unterschied wurde von *Kalss*³² dahingehend interpretiert, dass einerseits die einheitliche Leitung schon begrifflich die bloße Verwaltung von Unternehmensanteilen ausschließt. Was also einheitliche Leitung ist, kann nicht gleichzeitig bloße Anteilsverwaltung sein. Der Beherrschungstatbestand stehe zur bloßen Verwaltung hingegen im Verhältnis Vermutung - Widerlegung. Zwar ist grundsätzlich ein Aufsichtsrat zu

27 *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 15 Rz 13.

28 *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 15 Rz 14.

29 *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG, § 1 Rz 70 ff; weniger streng *Kalss*, Zur Aufsichtsratspflicht in der Privatstiftung, RdW 2006, 3 sowie *Kalss* in *Klass/Nowotny/Schauer* Gesellschaftsrecht (2008) Rz 7/15.

30 *Eiselsberg*, Stiftung und Unternehmen, *ecolex-Script* 2007/36.

31 Vgl *N. Arnold*, PSG² § 22 Rz 13, wonach in § 22 PSG die Unterscheidung zwischen „einheitlicher Leitung“ und Beherrschung verwischt ist. Während nämlich im AktG der Beherrschungstatbestand bereits durch die Beherrschungsmöglichkeit erfüllt ist, wird nach § 22 PSG die Einflussnahme in zentrale Unternehmensbereiche der Tochtergesellschaft notwendig sein.

32 *Kalss*, Zur Aufsichtsratspflicht in der Privatstiftung, RdW 2006, 3.

bestellen, wenn die Privatstiftung Anteile von mehr als 50 % an der Tochtergesellschaft hält, da in diesem Fall vermutet wird, dass die Privatstiftung die Tochtergesellschaft beherrscht. Diese Vermutung ist aber widerleglich, wenn die Aktivität der Privatstiftung nicht über die bloße Anteilsverwaltung hinausgeht, wenn die Privatstiftung also ihre Mehrheit nicht für die Einflussnahme in zentralen Unternehmensbereichen der Tochtergesellschaft einsetzt.³³

Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass ein Unterschied zwischen bloßer Anteilsverwaltung und Konzernleitung im Sinne des § 22 PSG besteht, weshalb es einer Privatstiftung auch möglich sein muss, Tochterunternehmen zu leiten oder zu beherrschen, ansonsten wäre die Einschränkung des § 22 PSG letzter Satz sinnlos. Für diese Sichtweise spricht im Übrigen auch der Wortlaut des § 18 PSG, wonach der Stiftungsvorstand die Bücher der Privatstiftung zu führen hat und dabei unter anderem die Regelungen des UGB zum Konzernabschluss sinngemäß anwenden muss.

Der Ansicht, dass die Privatstiftung einen Konzern leiten darf, hat sich auch der OGH in seiner Entscheidung zu 6 Ob 217/05p angeschlossen, da – wie er in seiner rechtlichen Beurteilung ausführte – dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, er hätte bei der Normierung des § 22 PSG den § 1 PSG übersehen. Dabei setzt sich der OGH zunächst mit dem Konzernbegriff auseinander. Nach dem OGH reichen grundsätzlich punktuelle und nur in einzelnen Unternehmensbereichen – vor allem eine Koordinierung in der Finanzpolitik – entfaltete Einflussmaßnahmen aus, um bei gegebener Anteilsmehrheit von einer Beherrschung und somit von einem Konzern gemäß § 22 PSG zu sprechen. Wird die Leitungsmacht ohne rechtliche Durchsetzungsmöglichkeit nur tatsächlich ausgeübt (einheitliche Leitung), muss aber ein höheres Mindestmaß an Leitung in den unternehmerischen Entscheidungsbereichen verlangt werden als im Fall der Beherrschung. Allerdings wird schon bei einem wesentlichen geringeren Ausmaß der Ausübung der unternehmerischen Leitungsfunktion eine einheitliche Leitung zu bejahen sein als dies bei einer Beurteilung nach § 15 AktG der Fall wäre. Der OGH setzt daher den Konzernbegriff des § 22 PSG unter dem des § 15 AktG an, bejaht im Ergebnis die Zulässigkeit der Konzernleitung durch die Privatstiftung.

Um aber § 1 Abs 2 PSG Genüge zu tun, schränkt der OGH in der Folge die Möglichkeiten der Einflussnahme dahingehend ein, dass er eine straffe Konzernführung für unzulässig erklärt. Der Umfang der Konzernführung darf daher nach der Rechtssprechung nicht sämtliche oder zumindest die wichtigsten Sparten der Unternehmensführung umfassen.³⁴

Insbesondere *Torggler*³⁵ hat eine noch weiter gehende Ansicht entwickelt. Nach dessen Ansicht ist in § 22 PSG einen vom Gesetzgeber wissentlich vorgesehenen Ausnahmetatbestand zu § 1 Abs 2 Z 1 PSG zu sehen, weshalb von einer unumschränkten Konzernleitungsbefugnis auszugehen ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Privatstiftung als Konzernspitze nach der nun wohl herrschenden Lehre und Rechtsprechung zulässig ist. Strittig ist aber nach wie vor, wie umfassend die Konzernleitung sein darf. Der OGH hat mit seiner Entscheidung zu 6 Ob 217/05p eine Position eingenommen, die zwischen den verschiedenen Lehrmeinungen zu vermitteln versucht. Dies erreicht er allerdings nur dadurch, dass er sich des unbestimmten Begriffes der „straffen

33 N. Arnold, PSG² § 22 Rz 13.

34 Vgl auch *Krejci*, Die Aktiengesellschaft als Stifter, 70 ff.

35 *Torggler*, Rezension zu *Krejci*, Die Aktiengesellschaft als Stifter, JBI 2006, 812.

Konzernleitung“ bedient. Überzeugend ist das nicht. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Materialien bieten dafür eine überzeugende Basis. Auch aus praktischen Gesichtspunkten ist das vom OGH vertretene Verbot der straffen Unternehmensführung abzulehnen, ist es doch im Einzelfall unmöglich abzuschätzen, wann die Grenze zur straffen Konzernführung überschritten ist. Zudem stellt sich das Problem der Durchsetzung des Verbotes: Zwar hat das Firmenbuchgericht die Privatstiftung aufzulösen, wenn sie gegen § 1 Abs 2 PSG verstößt, in der Realität wird es ihm aber nur selten – wenn überhaupt – möglich sein, eine straffe Konzernleitung festzustellen.

Aber unabhängig davon, wie weit die Konzernleitung gehen darf, bleibt festzuhalten, dass die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften durch den Vorstand der Privatstiftung jedenfalls zulässig ist. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Bestellung der Organe in den Tochtergesellschaften alleine als Teil der bloßen Anteilsverwaltung keine einheitliche Leitung oder Beherrschung darstellt und aus einer derartigen Einflussnahme allein auch kein Konzern begründet wird.³⁶ Wie bereits oben dargestellt, braucht es für die Begründung eines Konzerns jedenfalls eines aktiven Tuns, das über die Ausübung der Mindestrechte hinausgeht. In der Organbesetzung der Tochtergesellschaften ist daher an sich keine Konzernleitung zu sehen.

3. Die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften

3.1 Allgemeines

Nach den bisherigen Ausführungen – und unabhängig davon, ob die Erfüllung der Funktion als (aktive) Konzernspitze durch die Privatstiftung für zulässig erachtet wird oder nicht – kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Einbringung von Unternehmensanteilen in eine Privatstiftung zulässig ist. Sofern die Privatstiftung über die erforderlichen Mehrheitsverhältnisse verfügt, ist sie allein aufgrund ihrer Gesellschafterstellung auch berechtigt, zu entscheiden, mit welchen Personen die Organe der Tochtergesellschaften besetzt werden sollen.

In der Praxis werden die Organe der Tochtergesellschaften nicht selten mit Personen aus dem Umfeld der Privatstiftung (Stifter, Begünstigte) besetzt. Daraus kann sich eine Reihe von Interessenskonflikten ergeben. Das PSG verzichtet aufgrund seiner Gestaltungs Offenheit weitgehend darauf, ausdrücklich auf diese Interessenskonflikte zu reagieren. Es lässt dem Stifter in dieser Hinsicht einen großen Gestaltungsspielraum (beispielsweise durch die Formulierung des Stiftungszweckes), der nur punktuell durch Regeln begrenzt ist.

3.2 Sorgfaltspflicht des Stiftungsvorstandes

Grundsätzlich ist für die Ausübung der Gesellschafterrechte in einem Unternehmen, an dem die Privatstiftung beteiligt ist, der Stiftungsvorstand zuständig, der als zentrales Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan die Privatstiftung verwaltet und vertritt.³⁷

36 Vgl. N. Arnold, PSG² § 22 Rz 14.

37 Vgl. § 17 Abs 1 PSG.

Dabei haben die Mitglieder des Stiftungsvorstandes nach der gesetzlichen Verpflichtung des § 17 Abs 2 PSG ihre Aufgaben sparsam und mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters unter Wahrung des Stiftungszweckes zu erfüllen. Diese Bestimmung, die nach den Materialien der Verantwortung der Organmitglieder in den Kapitalgesellschaften nachgebildet ist,³⁸ normiert somit einen objektiven Sorgfaltsmaßstab des Stiftungsvorstandes. Abgestellt wird daher nicht auf die individuellen Fähigkeiten der einzelnen Vorstandsmitglieder, sondern einzig und allein darauf, wie sich ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter verhalten würde, wobei allerdings auch die besonderen Verhältnisse der Privatstiftung zu berücksichtigen sind. Die Pflichten des Stiftungsvorstandes sind daher je nach Art und Größe des Stiftungsvermögens unterschiedlich.³⁹

Aufgrund dieses Sorgfaltsmaßstabes ist der Stiftungsvorstand verpflichtet, die Konsequenzen seiner Handlungen mit dem „*gebotenen Sachverstand*“⁴⁰ abzuwägen und sich dabei gegebenenfalls fachkundiger Sachverständiger zu bedienen. Verletzt ein Vorstandsmitglied seine Sorgfaltspflichten, so haftet jedes Mitglied gemäß § 29 PSG für den aus seiner schuldhaften Verletzung entstandenen Schaden.

Umgesetzt auf die Frage der Organbesetzung in den Tochtergesellschaften der Privatstiftungen bedeutet dies, dass der Stiftungsvorstand mit der gebotenen Sorgfalt einen für die übertragene Aufgabe entsprechend qualifizierten und vertrauenswürdigen Vertreter auszuwählen hat, diesen auch überwachen muss und ihn erforderlichenfalls sogar abuberufen hat.⁴¹

Allerdings darf bei der Frage des Umfanges der Sorgfaltspflicht des Vorstandsmitgliedes nicht übersehen werden, dass der Stifter in der Stiftungserklärung nicht nur den Stiftungszweck bestimmt, den der Stiftungsvorstand zu wahren hat, sondern darüber hinaus dem Stiftungsvorstand konkrete Vorgaben machen kann. Der Stiftungsvorstand hat sich – wie bereits dargelegt – gemäß § 17 Abs 2 PSG bei der Erfüllung seiner Pflichten an die Bestimmungen der Stiftungserklärung zu halten. Der Stifter kann daher – und sollte dies zweckmäßigerweise auch tun – durch die Ausgestaltung der Stiftungserklärung und dabei insbesondere durch die Festlegung des Stiftungszweckes generell Leitlinien für die Verwaltung des Stiftungsvermögens durch den Stiftungsvorstand vorgeben. Darüber hinaus hat der Stifter die Möglichkeit, sich Zustimmungs- und Vetorechte vorzubehalten, oder ein weit reichendes Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zu etablieren.⁴²

Beispielsweise kann in der Stiftungserklärung vorgesehen werden, dass der Einfluss der Familienmitglieder auf die von der Privatstiftung beherrschten Unternehmen durch entsprechende Besetzung des Vorstandes/Aufsichtsrats gewahrt bleiben muss.

38 Vgl ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, wo ausdrücklich auf § 84 AktG hingewiesen wird.

39 Vgl N. Arnold, PSG² § 17 Rz 50.

40 Vgl Csoklich, Haftung des Vorstandes einer Privatstiftung, RdW 1999, 253 ff.

41 Vgl Csoklich, RdW 1999, 253 ff. Die dort gemachten Ausführungen zur Erteilung von Vollmachten sind auch für die Organbesetzung gültig.

42 Ein gewisser Entscheidungsspielraum des Stiftungsvorstandes muss allerdings gewahrt bleiben, damit der Stiftungsvorstand nicht zu einem bloßen Vollzugsorgan verkommt. Dies würde der Systematik des Privatstiftungsgesetzes (PSG) widersprechen. Daher dürfen dem Stiftungsvorstand gewisse Kernkompetenzen nicht entzogen werden. Vgl dazu Müller/Saurer, Die Bindung von Geschäften und Maßnahmen des Stiftungsvorstandes an die Zustimmung des Stifters, JEV 2008, 90.

Der Stifter hat somit insbesondere mit der Festlegung des Stiftungszweckes die Möglichkeit, die Pflichten des Stiftungsvorstandes näher zu bestimmen (siehe dazu unten Punkt 4.2). Macht der Stifter Vorgaben, ergeben sich daraus Einschränkungen oder Erweiterungen der Sorgfaltspflicht der einzelnen Vorstandsmitglieder. Da der Stiftungsvorstand nämlich aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung an diese Vorgaben gebunden ist, kann ihm aus der Befolgung derartiger Vorgaben grundsätzlich kein zur Haftung führender Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden.⁴³

Dies vorausgeschickt wird nunmehr kurz auf die einzelnen Möglichkeiten der Organbesetzung mit Personen aus dem Umfeld der Privatstiftung eingegangen.

3.3 Die Möglichkeiten der Organbesetzung im Einzelnen

3.3.1 Unzulässigkeit der Geschäftsführung durch die Privatstiftung

Wie bereits dargestellt darf gemäß § 1 Abs 2 Z 2 PSG, die Privatstiftung selbst nicht die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen. Dies wird von der herrschenden Lehre so ausgelegt, dass von dem Verbot nicht nur die organschaftliche, sondern auch die vertragliche und faktische Übernahme der Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft umfasst ist.⁴⁴

Damit scheidet eine Möglichkeit der Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft aus: Der Stiftungsvorstand darf die Privatstiftung selbst nicht zum Organ der operativen Gesellschaft bestellen.

3.3.2 Die Vorstandsmitglieder als Organe der Tochtergesellschaften

Zur Erreichung einer möglichst kompakten Entscheidungsträgerschaft wird in der Praxis immer wieder der Weg der Personalunion gewählt. Die Mitglieder des Stiftungsvorstandes bestimmen sich selbst zu Organen der Tochtergesellschaft, was den Vorteil hat, dass sie unmittelbar auf die Ausrichtung der Tochtergesellschaft Einfluss nehmen können. Dies wird grundsätzlich zulässig sein. Ein Organwalter kann in Organen mehrerer Rechtsträger bestellt werden. Zwar gibt es von diesem Prinzip gewisse Ausnahmen,⁴⁵ das PSG selbst sieht aber kein derartiges Verbot vor.⁴⁶

Allerdings besteht in einer derartigen Konstellation die Gefahr, dass der einzelne Organwalter in seiner Doppelfunktion rechtlichen Verantwortungen ausgesetzt ist, die sich nicht vereinbaren lassen und zu Interessenskonflikten führen und daher dem Stiftungszweck als Basis der Foundation Governance (siehe unten Punkt 4.2) zuwiderlaufen können. Als Organ der Privatstiftung hat er nämlich für die Erfüllung des Stiftungszweckes zu sorgen, während er als Organ der operativen Gesellschaft primär dem Unternehmenswohl verpflichtet ist. So haftet der Geschäftsführer einer GmbH gemäß § 25 GmbHG der Gesellschaft gegenüber, wenn er das Wohl der Gesellschaft missachtet.⁴⁷ Die von der Privatstiftung und der operativen Gesellschaft verfolgten Ziele werden selten übereinstimmen.

43 Vgl. *Csoklich*, RdW 1999, 253 ff.

44 *Cerha/Eiselberg/Kirschner/Knirsch*, *ecolex spezial* (1993) 20.

45 Siehe dazu etwa das Verbot der Organ- und Überkreuzverflechtung unten Punkt 4.

46 Siehe dazu oben Punkt 2.3.

47 *Gellis*, Kommentar zum GmbHG, § 25 Rz 2.

Auch indiziert eine derartige Personalunion nach der Lehre eine einheitliche Leitung oder Beherrschung im Sinne des § 22 PSG.⁴⁸ Eine solche Indizwirkung kann von der Privatstiftung zwar entkräftet werden.⁴⁹ Gelingt dies aber nicht, so ist die Privatstiftung unter Umständen gezwungen, einen Aufsichtsrat einzurichten.⁵⁰ In diesem Zusammenhang besteht noch eine weitere Gefahr: Nach der in Punkt 2. dargestellten Rechtssprechung, darf die Privatstiftung den Konzern nicht straff leiten. Die Personalunion birgt die Gefahr einer solchen straffen Leitung aber jedenfalls in sich.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Besetzung der Organe der Tochtergesellschaften mit Vorstandsmitgliedern Vor- und Nachteile mit sich bringt. Dem Vorteil der kompakten Entscheidungsträgerschaft stehen der mögliche Interessenskonflikt gegenüber sowie die Gefahr, dass diese Personalunion als einheitliche Leitung oder Beherrschung im Sinne des § 22 PSG qualifiziert wird. Die Besetzung der Organe in den Tochtergesellschaften durch Mitglieder des Stiftungsvorstandes empfiehlt sich daher nur beschränkt

Ein Problem, das sich im Zusammenhang mit der Organbesetzung mit Vorstandsmitgliedern noch stellt, ist das Problem des Insihgeschäfts. Sofern eine Privatstiftung keinen Aufsichtsrat hat, bedürfen gemäß § 17 Abs 5 PSG Rechtsgeschäfte, die ein Mitglied des Stiftungsvorstandes mit der Privatstiftung schließt, der Genehmigung nicht nur aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes, sondern auch des Gerichts. Die Bestimmung, die weder im AktG noch im GmbHG eine Entsprechung findet, hat ihren Grund in der Eigentümerlosigkeit der Privatstiftung. Während nämlich beispielsweise die GmbH einen Eigentümer hat, der letztendlich je nach Interessenslage selbst entscheiden kann, ob er das Insihgeschäft akzeptiert, ist das bei der Privatstiftung nicht der Fall. Insbesondere im Zusammenhang mit dem Anstellungsvertrag hat der Gesetzgeber daher die Gefahr gesehen, dass die ausschließliche Kontrolle des abzuschließenden Rechtsgeschäftes durch die übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes nicht immer ausreichend sein wird, da diese in der Regel nicht ganz unbefangen sind.⁵¹

Im Zusammenhang mit den Insihgeschäften wurde in der Literatur in jüngster Zeit die Frage diskutiert, ob nicht nur die Rechtsgeschäfte zwischen Privatstiftung und Mitglied des Stiftungsvorstandes, sondern auch jene zwischen dem Stiftungsvorstand und einer von der Privatstiftung kontrollierten Gesellschaft (etwa einer 100% Tochtergesellschaft) Insihgeschäfte darstellen, die einer gerichtlichen Genehmigung bedürfen. Im Wesentlichen geht es dabei um die Frage, ob § 17 Abs 5 PSG analog auf derartige Geschäfte anzuwenden ist, da diese Bestimmung ausdrücklich nur Rechtsgeschäfte zwischen der Privatstiftung und den Vorstandsmitgliedern nennt. Dies wird etwa von *Nowotny*⁵² verneint, der dazu ausführt, dass dem Gesetzgeber bei der Einführung des PSG sehr wohl bewusst war, dass eine Privatstiftung Unternehmensbeteiligungen halten darf. Dennoch hat er diese Geschäfte in § 17 Abs 5 PSG nicht erwähnt. Eine planwidrige Lücke – und nur eine solche würde nach ständiger Rechtssprechung eine Analogie zulässig machen⁵³ – bestehe daher nicht. In Wahrheit wird der Fall des

48 Vgl *N. Arnold*, PSG² § 22 Rz 12.

49 Vgl OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 217/05p.

50 Zu den Voraussetzungen des Aufsichtsrates siehe oben Punkt 2.

51 Vgl 1132 BlgNR XVIII GP.

52 *Nowotny*, Insihgeschäfte bei der Privatstiftung, *ecolex-Script* 2007/36.

53 Ua OGH vom 03. 08. 2006, 8 Ob 84/06.

Rechtsgeschäftes zwischen Privatstiftung und kontrollierter Gesellschaft differenzierter zu sehen sein. Die Eigentümerlosigkeit der Privatstiftung im Zusammenhang mit einer eventuell bestehenden (und nach der nunmehr herrschenden Lehre und Rechtssprechung auch zulässigen) Einflussmöglichkeit der Privatstiftung als Konzernspitze gebietet wohl unter Umständen eine analoge Anwendung des § 17 Abs 5 PSG auf den Fall, dass das Mitglied des Stiftungsvorstand Rechtsgeschäfte mit beherrschten Tochtergesellschaften abschließt. Ansonsten könnte das einzelne Vorstandsmitglied problemlos die im Gesetz vorgesehenen Foundation Governance Regeln (siehe dazu im Detail unten Punkt 4.) aushebeln. Dies würde aber der Systematik des PSG widersprechen.

3.3.3 Der Stifter als Organ der Tochtergesellschaft

In der Praxis ist es auch gar nicht selten, dass der Stifter sich oder etwaigen Begünstigten (zB seinen Kindern) auch nach Widmung der Unternehmensanteile an die Privatstiftung weiterhin einen entsprechenden Einfluss auf das Unternehmen wahren will. Die Organbesetzung in der Tochtergesellschaft mit Stifter(n) und/oder den Begünstigten – etwa als Geschäftsführer oder Aufsichtsratsmitglieder – bietet sich in diesem Fall an.

Dazu ist zunächst zu sagen, dass die Organbesetzung mit dem Stifter grundsätzlich zulässig ist. Der Stifter darf beispielsweise zum Geschäftsführer einer Tochter-GmbH berufen werden. Eine Regelung, die das verbietet, findet sich im PSG nicht. Für den Fall, dass der Stiftungsvorstand den Stifter bereits in einer solchen Position vorfindet, braucht er ihn auch nicht notwendigerweise abzurufen.

Dennoch kann der Wunsch des Stifters, die Organe in den Tochtergesellschaften nach seinem Willen zu besetzen, für die Mitglieder des Stiftungsvorstandes ein nicht zu unterschätzendes Gefahrenpotential darstellen.

Wie bereits ausgeführt sind für die Ausübung der Eigentümerrechte der Privatstiftung ausschließlich die Vorstandsmitglieder verantwortlich, die dabei die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters an den Tag zu legen haben und ausschließlich das Interesse der Privatstiftung, nicht aber Dritter wahrnehmen müssen. Grundsätzlich darf der Stiftungsvorstand daher den Stifter und/oder die Begünstigten nur dann zu Organen der Tochtergesellschaft bestellen, wenn die betreffenden Personen ausreichend qualifiziert sind; der Stiftungsvorstand hat den jeweiligen Organwalter abzurufen, wenn dieser sich einer groben Pflichtverletzung schuldig macht oder sonst unfähig ist. Wählt er einen unqualifizierten Organwalter aus oder beruft er ihn trotz Pflichtverletzung nicht ab, so muss das Vorstandsmitglied gegenüber der Privatstiftung für den Schaden eintreten, der daraus entsteht.

Anders ist hingegen der Fall zu beurteilen, dass der Stifter in der Stiftungserklärung konkrete Vorgaben gemacht hat, wie die Organe zu besetzen sind. Oder der Stifter behält sich in der Stiftungserklärung ein Weisungsrecht gegenüber dem Stiftungsvorstand vor und übt dieses dahingehend aus, dass Organe der Tochtergesellschaften in seinem Sinne zu bestellen sind. In diesen Fällen wird das Vorstandsmitglied nach der hier vertretenen Meinung nicht haften, wenn der Privatstiftung ein Schaden entsteht, da der Organwalter beispielsweise nicht ausreichend qualifiziert ist. Die Vorgaben des Stifters führen nämlich zu einer Einschränkung der Sorgfaltspflicht des Stiftungsvorstandes.⁵⁴ Zu überlegen ist in

54 AA vgl *N. Arnold*, PSG² § 17 Rz 81, der mit Verweis auf die Eigentümerlosigkeit der

diesem Zusammenhang aber eine Haftung des Stifters für die Schäden, die der Privatstiftung durch die Weisungen entstehen.⁵⁵

Was geschieht aber, wenn die Weisung der Stiftungserklärung widerspricht, etwa wenn der Stiftungszweck auch die Sicherung des Fortbestandes und des Wachstums des eingebrachten und noch einzubringenden Stiftungsvermögens vorsieht, der Stifter dem Vorstand aber die Weisung erteilt, seinen unqualifizierten Nachkommen zum Organ der Tochtergesellschaft zu bestellen? Hier wird die Weisung keine Haftungseinschränkung bewirken. Der Stiftungsvorstand darf nämlich rechtswidrige Weisungen nicht befolgen, unabhängig davon, ob sich die Rechtswidrigkeit aus einem Verstoß gegen das Gesetz oder gegen die Stiftungserklärung ergibt. Mit anderen Worten: Die Stiftungserklärung ist vom Stiftungsvorstand auch zu befolgen, wenn der Stifter (zulässigerweise) dem Stiftungsvorstand eine Weisung erteilt, die der Stiftungserklärung widerspricht.⁵⁶

Zusammenfassend sind daher die Mitglieder der Stiftungsvorstände zu warnen: nicht jeder Wunsch des Stifters sollte umgesetzt werden. Will der Stifter die Organe nach seinem Willen besetzen, so sollte er zweckmäßigerweise die Stiftungserklärung entsprechend ausgestalten und dem Stiftungsvorstand darin konkrete Vorgaben machen, die dann zu einer Einschränkung der Haftung des Vorstandsmitgliedes führen.

3.3.4 Die Begünstigten als Organe der Tochtergesellschaft

Auch ein Begünstigter kann zulässigerweise zum Organ der Tochtergesellschaft bestellt werden kann.

Daran ändert nach herrschender Lehre auch die Regelung des § 15 Abs 2 PSG nichts, wonach die Begünstigten, deren Ehegatten sowie Personen, die mit einem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum Dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, aber auch Personen, die an einer begünstigten juristischen Person im Sinne des § 244 Abs 2 UGB beteiligt sind, vom Amt des Stiftungsvorstandes ausgeschlossen sind.

Das Telos der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs 2 PSG ist insbesondere darauf gerichtet, die Objektivität des Stiftungsvorstandes bei der Vollziehung des Stifterwillens zu wahren. Der Begünstigte als Vorstandsmitglied soll nicht in die Lage versetzt werden, Eigeninteressen über den Stifterwillen zu stellen.⁵⁷

In dem Fall, dass der Begünstigte zum Organ der Tochtergesellschaft bestellt wird, ist die Erfüllung des Stiftungswillens aber gar nicht gefährdet. Für die Erfüllung des Stifterwillens ist nämlich weiterhin der Stiftungsvorstand verantwortlich, dem der Begünstigte nicht angehören darf. So hat der Begünstigte keine Möglichkeit, seine Eigeninteressen in der Privatstiftung über den Stifterwillen zu stellen. Eine Ausdehnung der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs 2 PSG ist

Privatstiftung die Meinung vertritt, dass eine Weisung die Haftung des Stiftungsvorstandes nicht aufzuheben vermag. Daher könne die zu Kapitalgesellschaften vertretene Ansicht, was mit dem Willen der Generalversammlung geschehe, könne nicht zu einer Verletzung der Gesellschaftsinteressen führen, nicht auf Privatstiftungen übertragen werden.

55 Vgl. *Csoklich*, RdW 1999, 253 ff mit Verweis auf *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 14 Rz 42.

56 Vgl. *N. Arnold*, PSG² § 14 Rz 32.

57 *Kalss/Zollner*, Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Begünstigten, GesRZ 2008, 351 ff.

daher abzulehnen. Begünstigte einer Privatstiftung können daher bei entsprechender Eignung durchaus Organfunktionen in Tochtergesellschaften dieser Privatstiftung übernehmen.⁵⁸

Die von *Kalss/Zollner*⁵⁹ angedachte analoge Anwendung der Unvereinbarkeitsbestimmung auf Fälle, in denen der Stiftungszweck von der Privatstiftung auf die operative Gesellschaft ausgelagert wird, ist wohl abzulehnen. Insbesondere wird die gänzliche Auslagerung des Stiftungszweckes auf die Tochtergesellschaft gar nicht zulässig sein. Eine Privatstiftung braucht – wie dargestellt – einen Stiftungszweck, für dessen Einhaltung der Stiftungsvorstand verantwortlich ist. Eine (faktische) Auslagerung des Stiftungszweckes wird daher schon aufgrund der Bestimmung des § 1 PSG nicht zulässig sein. Daneben greift wohl auch hier das Argument, dass dem Gesetzgeber bei der Einführung des PSG sehr wohl bewusst war, dass eine Privatstiftung Unternehmensbeteiligungen halten kann. Dennoch hat er die Unvereinbarkeitsbestimmung ausschließlich auf die Mitgliedschaft im Stiftungsvorstand beschränkt. Eine planwidrige Lücke liegt in diesem Fall nicht vor.

4. Das Verbot der Organ- und Überkreuzverflechtung

Werden der Privatstiftung Unternehmensbeteiligungen gewidmet, so sind für das Verhältnis Privatstiftung - Tochtergesellschaft nicht nur die privatstiftungsrechtlichen Ordnungsvorschriften relevant. Auch die allgemeinen Regelungen des Gesellschaftsrechts könnten beachtlich sein.

In dieser Hinsicht hat sich in den letzten Jahren eine Reihe von Regelungen entwickelt, die sich unter dem Begriff „Corporate Governance“ zusammenfassen lassen. Es handelt sich dabei im Wesentlichen um (zum Teil verbindliche und zum Teil unverbindliche) Bestimmungen, die sich mit den Themenkreisen „Unternehmensleitung“ und „Unternehmenskontrolle“ beschäftigen und die allesamt darauf abzielen, die rechtlichen Voraussetzungen für eine betriebswirtschaftlich optimale Unternehmensverfassung zu schaffen.⁶⁰

Besondere Relevanz für die Organbesetzung in Tochtergesellschaften von Privatstiftungen könnten in diesem Zusammenhang zwei Verbote haben, die Eingang sowohl in das AktG als auch in das GmbHG gefunden haben: das Verbot der Organverflechtung und das Verbot der Überkreuzverflechtung. Dies gilt aber nur dann, wenn auch auf Privatstiftungen im Rahmen einer erweiterten Foundation Governance Corporate Governance Regeln anzuwenden sind.

4.1 Corporate Governance

Unter dem Begriff „Corporate Governance“ versteht man gemeinhin den rechtlichen und faktischen „*Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens*“.⁶¹ Mit anderen Worten: Corporate Governance im weiteren Sinn

58 *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 351 ff.

59 *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 351 ff.

60 *Krejci*, VR 2002, 145.

61 Präambel des Österreichischen Corporate Governance Kodex, www.corporate-governance.at.

befasst sich mit der Frage, wie ein Unternehmen bestmöglich zu führen ist und wie Fehlentwicklungen entgegengewirkt werden kann.

Im engeren Sinn geht es darum, den Eigentümer (oder Anteilseigner) der nicht selbst sein Unternehmen leitet und somit Macht über sein Vermögen in die Hände von Dritten gibt bzw sämtliche Stakeholder,⁶² das sind Personen oder Gruppierungen (Mitarbeiter, Kunden etc), die ebenfalls ein Interesse am Unternehmen haben,⁶³ zu schützen.

Zu diesem Zweck wurden in mehreren Ländern⁶⁴ Codices ausgearbeitet, die Richtlinien vorgeben sollen, wie Unternehmensleitung und Unternehmenskontrolle zweckmäßigerweise strukturiert werden sollten. Diese Codices, die sich vornehmlich (aber nicht nur) an börsennotierte Aktiengesellschaften richten und die auf dem Prinzip der freiwilligen Beteiligung beruhen, enthalten unter anderem auch Bestimmungen über den Vorstand (insbesondere auch über Interessenskonflikte und Eigengeschäfte) und über den Aufsichtsrat (beispielsweise auch Regeln über die Vorstandsbestellung).

Daneben hat auch der Gesetzgeber in den letzten Jahren – die Wichtigkeit von Corporate Governance Regeln erkennend – eine Reihe von verbindlichen Regelungen erlassen, die sich mit diesem Thema befassen. Zu nennen wäre zum Beispiel das Übernahmerecht, Bestimmungen des BörseG,⁶⁵ Bestimmungen des EKEG und des BWG. Der österreichische Gesetzgeber hat zur Verbesserung der Corporate Governance auch in das Recht der Kapitalgesellschaften eingegriffen.

4.2 Foundation Governance

Da eine Privatstiftung weder Unternehmen noch Kapitalgesellschaft ist, eine direkte Anwendbarkeit somit ausscheidet, stellt sich die Frage, ob die Regeln der Corporate Governance, die sich hauptsächlich (wenn auch nicht ausschließlich) an börsennotierte Gesellschaften richten, dennoch Relevanz für Privatstiftungen haben können.

Auch für die Privatstiftungen gibt es Regeln der Leitung und der Kontrolle, die in Anlehnung an den gesellschaftsrechtlichen Begriff als „Foundation Governance“ bezeichnet werden können. Diese Foundation Governance Regeln sind dadurch gekennzeichnet, dass im Unterschied zur Kapitalgesellschaft bei der Privatstiftung eine durch Kapitaleinsatz motivierte Kontrolleinrichtung (nämlich die wirtschaftlichen Eigentümer) nicht existiert.⁶⁶ Selbst der Stifter ist nach der Grundkonzeption des PSG weder Mitglied des Stiftungsvorstands noch gesetzliches Organ der Privatstiftung. Die Leitung der Privatstiftung ist dem Stiftungsvorstand anvertraut, dessen Mitglieder sich dabei selbst kontrollieren.⁶⁷ Dem Stifter kommt aber – wie bereits dargelegt – in dieser Hinsicht ein großer Gestaltungsspielraum zu. Die Ausgestaltung der Foundation Governance obliegt daher grundsätzlich

62 Präambel des Österreichischen Corporate Governance Kodex, www.corporate-governance.at.

63 Vgl ausführlich *Wengtes*, Corporate Governance und Stakeholderansatz (2002) 91.

64 Unter anderem auch in Österreich, wo derzeit die Fassung vom 1. Jänner 2006 gilt.

65 So sieht etwa § 48 a Abs 4 BörseG Regeln für Interessenkonflikte und Eigengeschäfte vor. Vgl dazu ausführlich *Lindner/Zollner*, ZFR 2006, 90.

66 *Kalss* in *Gassner, Göth, Gröhs, Lang* (Hrsg), Privatstiftungen (2000) 199.

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

dem Stifter. Hauptsächlich mit der Formulierung des Stiftungszweckes hat er die Möglichkeit, dem Stiftungsvorstand verbindliche Leitlinien in die Hand zu geben, wie die Privatstiftung zu leiten ist. An diesen (meist sehr abstrakt formulierten) Leitlinien, hat der Stiftungsvorstand sein Handeln konkret auszurichten. Dabei können die Corporate Governance Regeln Ansatzpunkte dafür liefern, wie die konkreten Pflichten auszusehen haben.

Dies gilt um so mehr, als – bei aller Gestaltungsoffenheit – auch das PSG (zwingende) Bestimmungen kennt, die sich ebenfalls mit der Leitung und Überwachung der Stiftungsorgane befassen und die insbesondere das vom Gesetz vorgesehene Konzept der Selbstkontrolle des Stiftungsvorstandes relativieren. Einige davon wurden bereits unter Punkt 3. dargestellt, etwa die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs 2 PSG, die Pflicht der Einrichtung eines Aufsichtsrates bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 22 PSG oder die Regelung des § 17 Abs 5 PSG (Insichgeschäft). Daneben gibt es noch eine Reihe weiterer Bestimmungen im PSG, die sich mit diesen Themenkreisen beschäftigen. So ist der Stiftungsprüfer als notwendiges Organ der Privatstiftung einzurichten. Den Begünstigten kommt gemäß § 30 Abs 1 PSG ein Auskunftsrecht zu. Dem Gericht werden umfassende Kompetenzen im Zusammenhang mit der Kontrolle der Privatstiftung eingeräumt.⁶⁸ Regeln, die sich mit Leitung und Überwachung der Organe beschäftigen, sind dem PSG also nicht unbekannt.⁶⁹

Im Übrigen liegt der Unterschied zwischen Kapitalgesellschaften und Privatstiftungen vor allem darin, dass Kapitalgesellschaften auf die Eigeninteressen der Gesellschafter ausgerichtet sind, während bei den Privatstiftungen der Stiftungszweck maßgebend ist. In beiden Fällen verwalten die Organe aber fremdes Vermögen. Zwar ist die Privatstiftung eigentümerlos; wie gezeigt sollen durch eine effiziente Leitung und Kontrolle aber nicht nur die Eigentümer, sondern auch die Interessen der Stakeholder geschützt werden. Zweifellos hat die Privatstiftung solche Interessengruppen: unter anderem den Stifter und die Begünstigten. Eine analoge Einbindung der Corporate Governance Regeln in die Foundation Governance kommt daher grundsätzlich in Frage, auch wenn sich die Corporate Governance Regeln nicht direkt an Privatstiftungen richten.

4.3 Das GesRÄG 2005⁷⁰

Mit dem GesRÄG 2005 verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, den Aufsichtsrat als maßgebliches Instrument der Unternehmenskontrolle in Kapitalgesellschaften zu stärken und Interessenskonflikte zu vermeiden.

Dieses Ziel sollte insbesondere dadurch erreicht werden, dass eine Organbesetzung gegen „das natürliche Organisationsgefälle“⁷¹ unzulässig ist. Zu diesem Zweck wurde insbesondere mit den §§ 86 Abs 2 Z 2, 90 Abs 1 AktG das Verbot der Organverflechtung normiert.⁷²

68 Vgl dazu ausführlich *Briem*, GesRZ2009, 12.

69 *Lindner/Zollner*, ZFR 2006, 90.

70 BGBl I Nr 59/2005.

71 EriRV 927 BlgNR XXII. GP.7.

72 In diesem Beitrag werden die Bestimmungen des AktG besprochen. Die Bestimmungen der §§ 30 a Abs 2 und 30 e Abs 1 GmbHG sind aber inhaltsgleich, weshalb sich die Ausführungen auch auf die GmbH übertragen lassen.

Gemäß § 90 Abs 1 Satz 1 AktG und § 86 Abs 2 Z 2 AktG darf ein Aufsichtsratsmitglied einer AG nicht zugleich Vorstand bzw gesetzlicher Vertreter einer Tochtergesellschaft im Sinne des § 228 Abs 3 UGB sein.⁷³ (Verbot der Organverflechtung). Tochterunternehmen im Sinne dieser Bestimmung (die wiederum auf die Konzernabschlusspflicht des § 244 UGB verweist) sind grundsätzlich Gesellschaften, die entweder von der Muttergesellschaft gemäß § 244 Abs 1 UGB (zumindest 20 % der Anteile sowie eine einheitliche Leitung) einheitlich geleitet werden oder deren Muttergesellschaft Einflussrechte gemäß § 244 Abs 2 UGB (Mehrheit der Stimmrechte; Recht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs-, und Aufsichtsratsorgans zu bestellen, wobei die Mutter gleichzeitig Gesellschafter sein muss; Recht einen beherrschenden Einfluss auszuüben; Recht aufgrund eines Syndikatsvertrages die Mehrheit der Stimmrechte auszuüben, oder auf Bestellung der Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Organmitglieder) zustehen.⁷⁴

Daneben wurde mit § 86 Abs 2 Z 3 AktG das Verbot der Überkreuzverflechtung geschaffen. Die Ratio dieses Verbotes besteht darin, dass niemand von einer Person überwacht werden soll, die er selber überwacht. Eine derartige Verflechtung kann nämlich dazu führen, dass die Überwachungstätigkeit nicht unbefangen ausgeübt wird. Nach § 86 Abs 1 Z 3 AktG darf daher eine Person dem Aufsichtsrat einer AG nicht angehören, die gleichzeitig Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat wiederum ein Mitglied des Vorstandes jener Gesellschaft angehört, in welcher das Aufsichtsratsmandat angestrebt wird (Verbot der Überkreuzverflechtung).

Das Verbot der Überkreuzverflechtung soll allerdings nicht zum Tragen kommen, wenn die Gesellschaften konzernmäßig verbunden oder eine der Gesellschaften an der anderen im Sinn des § 228 Abs 1 UGB beteiligt ist. Eine Beteiligung im Sinne des § 228 Abs 1 UGB liegt im Halten von Anteilen, die dazu bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesem Unternehmen zu dienen. Anteile von mindestens 20 % gelten im Zweifel als Beteiligung in diesem Sinn. Nach den Materialien kann nämlich davon ausgegangen werden, dass das wirtschaftliche Interesse der die Beteiligung haltenden Gesellschaft eine effiziente Überwachung der Organwalter gewährleistet.⁷⁵ Ein Verbot der Überkreuzverflechtung ist daher nicht mehr nötig.

73 Der Unterschied der Bestimmung des § 86 AktG und 90 AktG besteht offenbar darin, dass § 86 AktG ein Bestellungshindernis normiert, § 90 AktG hingegen einen Dauerbestand. Mit anderen Worten: § 86 AktG verhindert die Bestellung einer Person zum Aufsichtsrat. § 90 kommt zur Anwendung, wenn die verbotene Konstellation eintritt und die betreffende Person bereits Aufsichtsrat ist. (vgl *Karollus/Huemer*, Offene Fragen zum Verbot der Organbestellung gegen das Organisationsgefälle, GeS 2006, 153.)

74 Die Bestimmung des § 228 Abs 3 UGB in Verbindung mit § 244 UGB bedient sich somit ähnlicher Tatbestandselemente wie § 15 AktG und § 22 PSG. Der Vorteil des § 228 Abs 3 UGB im Vergleich zum Konzernbegriff des AktG liegt vor allem darin, dass die Bestimmung des UGB präziser ausformuliert ist. Vgl dazu *Kalss* in *Klass/Nowotny/Schauer* Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/928. Zum Verhältnis § 15 AktG und § 22 PSG vergleiche oben FN 31.

75 ErlRV 927 BlgNR XXII. GP.7.

4.4 Das Verbot der Organ- und Überkreuzverflechtung und die Privatstiftung

4.4.1 Das Verbot der Organverflechtung

Das Verbot der Organverflechtung richtet sich an (potentielle) Aufsichtsratsmitglieder einer AG oder einer GmbH, die mit einer Tochtergesellschaft im Sinne des § 228 Abs 3 UGB verbunden ist. Zur Anwendbarkeit des Verbotes der Organverflechtung muss demnach zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft ein Verhältnis der einheitlichen Leitung im Sinne des § 244 Abs 1 UGB oder ein Verhältnis der Kontrolle gemäß § 244 Abs 2 UGB bestehen. Liegt ein solches Verhältnis vor, ist es den Organwaltern verwehrt, gleichzeitig Aufsichtsratsmitglieder in der Muttergesellschaft und gesetzliche Vertreter in einer Tochtergesellschaft zu sein.

Privatstiftungen sind rein nach dem Wortlaut der Bestimmung vom Verbot nicht betroffen. Weder sind sie Kapitalgesellschaften, an deren Organe sich das mit dem GesRÄG 2005 eingefügte Verbot hauptsächlich richtet, noch stellen sie eine Tochtergesellschaft im Sinne des § 228 Abs 3 UGB dar.

Allerdings stellt sich die Frage, ob das Verbot der Organverflechtung sich ausschließlich an Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung richtet, oder ob das Verbot analog auch auf Privatstiftungen auszudehnen ist. In diesem Fall wäre es auch Mitgliedern eines Aufsichtsrates (zu den Mitgliedern eines aufsichtsratsähnlichen Beirates siehe unten Punkt 4.4.3) verboten, gesetzliche Vertreter in den Tochtergesellschaften zu werden. Eine solche Analogie kann allerdings nur dann in Betracht gezogen werden, wenn eine Gesetzeslücke vorliegt und der Zweck des Verbotes der Organverflechtung auch Privatstiftungen umfasst. Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen⁷⁶ ist eine Analogie nur dann zulässig, wenn ein Sachverhalt nicht ausdrücklich geregelt ist, obwohl der Zweck einer sonstigen Regelung auch diesen Fall erfasst. Grenze ist dabei aber jedenfalls der Wille des Gesetzgebers.

Im konkreten Fall bezweckt das Verbot der Organverflechtung eine Verhinderung der Organbesetzung gegen das natürliche Organisationsgefälle. Eine solche Organbesetzung gegen das Organisationsgefälle im Sinne der § 90 Abs 1 Satz 1 AktG und § 86 Abs 2 Z 2 AktG kann auch in dem Fall vorliegen, dass die Privatstiftung als Mutter Anteile einer Tochtergesellschaft hält. Wie bereits zu Punkt 2. des gegenständlichen Beitrages dargestellt ist es einer Privatstiftung nach der nunmehr herrschenden Lehre und Rechtsprechung durchaus erlaubt, einen Konzern einheitlich zu leiten oder eine Tochtergesellschaft zu beherrschen, sofern der Konzern nicht allzu straff geführt wird. Zwar stimmen der Konzernbegriff des § 22 PSG und der Begriff des verbundenen Unternehmens im Sinne des § 228 Abs 3 UGB nicht gänzlich überein (so ist für eine einheitliche Leitung nach § 22 PSG eine direkte Beteiligung an der Tochtergesellschaft nicht erforderlich⁷⁷ auch wird – wie dargestellt – bereits bei einem wesentlich geringeren Ausmaß der Ausübung der unternehmerischen Leitungsfunktion eine einheitliche Leitung zu beherrschen) allerdings ist die Erfüllung beider Tatbestände durch eine Privatstiftung, die Unternehmensbeteiligungen hält, durchaus realistisch. In diesem Fall

76 Vgl §§ 6 und 7 ABGB; ausführlich dazu *Rüffler*, Analogie, Zulässige Rechtsanwendung oder unzulässige Rechtsfortbildung, JRP 2002, 60.

77 Vgl OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 217/05p.

besteht aber ein Organisationsgefälle, das vom Verbot der Organverflechtung grundsätzlich umfasst ist.

Der Gesetzgeber hat mit dem GesRÄG 2005 allerdings nur das AktG und das GmbHG novelliert, weshalb man die Meinung vertreten kann, er hätte absichtlich keine Regelung im PSG vorgesehen. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass zum Zeitpunkt der Erlassung des GesRÄG 2005 die herrschende Lehre noch nicht davon ausgegangen ist, dass die Privatstiftung zur Konzernleitung befugt ist. Der Gesetzgeber war also offensichtlich im Jahr 2005 der Ansicht, dass eine entsprechende Regelung im PSG nicht notwendig sei, da ein Konzern mit einer Privatstiftung als Spitze nicht möglich ist. Erst mit der oben dargestellten Entscheidung vom 1. Dezember 2005 hat der OGH festgestellt, dass nach seiner Ansicht die Konzernleitung durch eine Privatstiftung als Konzernspitze in gewissem Ausmaß doch zulässig ist.⁷⁸ Die Lücke im PSG beruht daher offensichtlich nicht auf dem Willen des Gesetzgebers, sondern vielmehr auf einer inzwischen überkommenen Rechtsansicht.

Da also nach der hier vertretenen Meinung eine planwidrige Lücke vorliegt, die mit Rückgriff auf Corporate Governance Regeln, die bereits Eingang in das Gesellschaftsrecht gefunden haben, geschlossen werden kann, ist eine analoge Anwendung des Verbotes der Organverflechtung auf Privatstiftungen zu befürworten. Dies umso mehr, als das PSG selbst eine Reihe von zwingenden Foundation Governance Regeln kennt, die eben solche Interessenskonflikte verhindern sollen.

Als Zwischenfazit kann daher festgehalten werden, dass nichts dagegen spricht, das Verbot der Organverflechtung auch auf Organmitglieder der Privatstiftung anzuwenden.

Gemäß § 228 Abs 3 UGB ist die Rechtsform des Tochterunternehmens darüber hinaus unerheblich. Insbesondere *Lindner/Zollner*⁷⁹ befürworten in diesem Zusammenhang die Ausdehnung des Begriffes „Tochtergesellschaften“ auch auf Privatstiftungen, da der Regelungszweck der Bestimmung eine analoge Anwendung erfordere. Dem ist zuzustimmen. Wie bereits dargelegt ist das natürliche Organisationsgefälle zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft im gleichen Maße bei einer Kapitalgesellschaft und einer Privatstiftung als „Tochter“ gefährdet, wenn zwischen Muttergesellschaft und Privatstiftung eine mit § 228 Abs 3 UGB vergleichbare Verbindung besteht. Folgt man diesem Ansatz, so wird das Verbot in den Fällen anzuwenden sein, in denen die AG (oder die GmbH) die Privatstiftung kontrolliert, etwa die Mehrheit der Mitglieder des Stiftungsvorstandes oder des Aufsichtsrates bestellt und/oder abberuft oder ihr sonst das Recht zusteht, einen beherrschenden Einfluss auf die Privatstiftung auszuüben, beispielsweise durch ein umfassendes Änderungsrecht. Fälle, in denen die AG die Privatstiftung einheitlich im Sinne des § 244 Abs 1 UGB leitet, sind hingegen keine denkbar, bezieht sich die einheitliche Leitung doch auf die unternehmerische Tätigkeit, die der Privatstiftung wie bereits dargestellt verboten ist.

Insgesamt zeigt sich daher, dass das Verbot der Organverflechtung im Rahmen einer erweiterten Foundation Governance analog auf Privatstiftungen anzuwenden ist.

78 Vgl OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 217/05p.

79 *Lindner/Zollner*, ZFR 2006, 90.

4.4.2 Das Verbot der Überkreuzverflechtung

Gemäß § 86 Abs 1 Z 3 AktG stellen Überkreuzverflechtungen einen Ausschlussgrund für potenzielle Aufsichtsratsmitglieder einer AG dar. Noch einmal zur Erinnerung: Gemäß dem Verbot darf eine Person dem Aufsichtsrat einer AG nicht angehören, die gleichzeitig Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat wiederum ein Mitglied des Vorstandes jener Gesellschaft angehört, in welcher das Aufsichtsratsmandat angestrebt wird.

Auch der Wortlaut dieser Bestimmung erfasst daher grundsätzlich keine Überkreuzverflechtungen zwischen Kapitalgesellschaften und einer Privatstiftung, da auch dieses Verbot auf gesetzliche Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft beschränkt ist und die Privatstiftung nicht unter dem Begriff Kapitalgesellschaft subsumiert werden kann. Aber auch hier wird man – wie wiederum *Lindner/Zollner*⁸⁰ ausführlich dargestellt haben – aufgrund des Regelungszweckes der Bestimmung – niemand soll andere Personen überwachen, von denen er selbst überwacht wird – eine analoge Anwendung in Betracht ziehen können.

Insgesamt zeigt sich, dass gute Gründe für eine Ausweitung des Verbotes der Überkreuzverflechtung auf Privatstiftungen sprechen. Dies ist bei der Organbesetzung der Tochtergesellschaften von Privatstiftungen zu bedenken.

Nicht vergessen darf man dabei aber die Ausnahme des § 86 Abs 2 Z 3 AktG, wonach bei einer Beteiligung im Sinne des § 228 Abs 1 UGB oder einer konzernmäßigen Verbindung das Verbot nicht zum Tragen kommt. Mit anderen Worten: die Besetzung des Vorstands oder der Geschäftsführung in der Tochtergesellschaft mit Mitgliedern des Aufsichtsrats der Privatstiftung ist dann möglich, wenn mindestens 20 % der Anteile der Tochtergesellschaft von der Privatstiftung gehalten werden oder eine konzernmäßige Verbindung besteht.

4.4.3 Exkurs: Aufsichtsratsähnlicher Beirat

Wie dargestellt, ist die analoge Anwendung der Verbote der Organ- und Überkreuzverflechtung auf die Privatstiftung zu befürworten. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Verbote der Organ- und Überkreuzverflechtung nur dann gelten, wenn es sich um ein Aufsichtsratsmitglied der Privatstiftung handelt oder ob auch die Mitgliedschaft in anderen Organen vom Verbot umfasst ist.

Diese Frage ist vor allem vor dem Hintergrund zu sehen, dass ein Aufsichtsrat in einer Privatstiftung relativ selten einzurichten ist.⁸¹ Hingegen wird von den Stiftern, die gemäß § 14 Abs 2 PSG weitere Organe zur Wahrung des Stiftungszweckes vorsehen können, häufig ein Beirat eingerichtet. Diesem Beirat können zulässigerweise die Aufgaben eines Aufsichtsrates eingeräumt werden, mit zwei Ausnahmen: Die Bestellung des Stiftungsprüfers (§ 20 Abs 1 PSG) sowie die Vertretung der Privatstiftung bei Insigngeschäften des Stiftungsvorstandes (§ 25 Abs 3 PSG).⁸² Die Kerntätigkeiten des Aufsichtsrates, nämlich die Überwachung der Geschäftsführung und Gebarung der Privatstiftung dürfen hingegen sehr wohl übertragen werden. Und genau diese Möglichkeit der Übertragung der Überwachung der Geschäftsführung bietet einen guten Grund dafür, auch den

80 *Lindner/Zollner*, ZFR 2006, 90.

81 Zu den Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit ein Aufsichtsrat zwingend zu bestellen ist, vergleiche oben Punkt 2.3.

82 Vgl *N. Arnold*, PSG² § 14 Rz 67.

aufsichtsratsähnlichen Beirat in den jeweiligen Verbotsumfang mit einzubeziehen. Regelungszweck der Bestimmungen ist es – wie dargestellt – einerseits das natürliche Organisationsgefälle zu wahren und andererseits zu verhindern, dass eine Person die Möglichkeit hat jemanden zu überwachen, von dem er selbst überwacht wird. In dieser Hinsicht macht es aber keinen Unterschied, ob die Person, die die Überwachungsfunktion ausübt im Aufsichtsrat oder in einem aufsichtsratsähnlichen Beirat sitzt. Vielmehr kommt es auf die grundsätzliche Möglichkeit der Überwachung an.

Daher wird das Verbot nicht nur Aufsichtsratsmitglieder der Privatstiftung, sondern auch Mitglieder des aufsichtsratsähnlichen Beirates betreffen.

5. Schlussbemerkung

Die Privatstiftung kann zulässigerweise als mittelbarer Unternehmensträger eingesetzt werden. Dadurch eröffnet sich für die Privatstiftung die Möglichkeit, die Organe der Tochtergesellschaften zu besetzen. Für sich allein stellt dies noch nicht einmal eine (nach der Rechtsprechung und der nunmehr herrschenden Lehre grundsätzlich zulässige) Konzernleitung durch die Privatstiftung dar.

Sollen die Organe der Tochtergesellschaften mit Personen aus dem Umfeld der Privatstiftung besetzt werden, sind allerdings einige Regeln zu beachten. Eine herausragende Rolle spielt hier der Stifter, der mit dem Stiftungszweck und sonstigen Vorgaben in der Stiftungserklärung an den Stiftungsvorstand großen Einfluss auf die Organbesetzung nehmen kann. Aus dem PSG ergeben sich in dieser Hinsicht nur punktuelle Grenzen (hier als „zwingende Foundation Governance“ Regeln bezeichnet), etwa die Regelungen zum Inselfgeschäft oder die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 15 Abs 2 PSG.

Daneben dürfen nach der hier vertretenen Meinung aber auch Corporate Governance Regeln, die sich mit Interessenskonflikten beschäftigen, und die bereits Eingang in das Gesellschaftsrecht gefunden haben, nicht übersehen werden. Hier sind insbesondere das Verbot der Organ- und Überkreuzverflechtung zu nennen. Angesichts der Systematik des PSG scheint eine analoge Einbindung dieser Corporate Governance Regeln in die Foundation Governance im weiteren Sinne auf die Privatstiftung geboten.

Als Fazit sei Stiftern und Stiftungsvorständen Folgendes empfohlen:

- Eine unmittelbare Unternehmensträgerschaft ist grundsätzlich nicht zulässig. Für den Fall, dass der Privatstiftung ein Unternehmen gewidmet wird, ist dieses sofort in Betriebsgesellschaften auszulagern.
- Die Verwendung der Privatstiftung als Konzernspitze ist nach der Rechtsprechung zwar möglich, jedoch mit der Einschränkung, dass der Konzern nicht straff geleitet werden darf. Der Umfang der Konzernführung darf nicht sämtliche oder zumindest nicht alle wichtigen Sparten der Unternehmensführung umfassen. Was dies konkret bedeutet, wird je nach Einzelfall unterschiedlich zu beurteilen sein. Auch wenn an der dogmatischen Richtigkeit dieser Rechtsprechung Zweifel bestehen, sollte man dafür sorgen, dass die Privatstiftung den Konzern nicht straff leitet. Dafür bieten sich beispielsweise Entherrschungsverträge und -klauseln an. Die Personalunion zwischen Stiftungsvorstand und den Organen der Tochtergesellschaft ist – wenn möglich – zu vermeiden.

- Bei der Verfassung der Stiftungserklärung sollten die Einflussrechte des Stifters im Zusammenhang mit der Organbesetzung so genau wie möglich geregelt werden. Will der Stifter Einfluss auf die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften ausüben, sollte er eine entsprechende Bestimmung in die Stiftungserklärung aufnehmen. Nur so kann die Haftung des Stiftungsvorstandes eingeschränkt werden.
- Vorsicht bei der Organbestellung: nicht nur die Bestimmungen des PSG und der Stiftungserklärung sind zu beachten, sondern es ergeben sich nach der hier vertretenen Meinung auch Zwänge aus gesellschaftsrechtlichen Corporate Governance Regelungen, die in die Foundation Governance einfließen.