

# WIEVIEL (CORPORATE/FOUNDATION) GOVERNANCE BRAUCHT DIE PRIVATSTIFTUNG?

Wohl in Folge der jüngsten Entwicklungen am Kapitalmarkt und der damit verbundenen Konsequenzen auf das gesamte Wirtschaftsleben, taucht vermehrt die Diskussion auf, ob nicht auch Privatstiftungen (die zum Teil in einer sehr engen Verbindung zu börsennotierten Unternehmen, wie beispielhaft im Sparkassen- und Bankensektor, stehen), einem erhöhten Transparenz- und Kontrollgebot unterstellt werden sollten.<sup>1)</sup>

Gegenstand dieses Beitrages ist daher die Frage, ob die bestehenden Kontroll- und Aufsichtsmechanismen im Privatstiftungsgesetz (PSG) den Anforderungen der Praxis gerecht werden oder aber eine Neuorientierung notwendig erscheint.

Dabei soll insbesondere auf den Aspekt der Corporate bzw Foundation Governance eingegangen werden.

KATHARINA MÜLLER / MARTIN FISCHER

## 1 Was ist Corporate Governance?

Mit der Vorstellung des Österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK) am 1.10.2002 hat dieser Begriff in die österreichische Rechtsordnung Eingang gefunden. Laut Präambel des ÖCGK in der Fassung vom 1. Jänner 2009 bildet dieser einen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens, befasst sich daher mit Unternehmensführung und Unternehmenskontrolle<sup>2)</sup>. Hintergrund der Implementierung eines derartigen freiwilligen Kontrollinstruments bildet dabei der regelmäßig auftretende Interessenskonflikt zwischen Anteilseignern, die nicht selbst das Unternehmen leiten, und Managern, denen die Leitungsmacht übertragen wurde. Die Grundlage des Interessenskonfliktes beruht daher auf der Trennung zwischen Eigentum und Verwaltung desselben<sup>3)</sup>.

Corporate Governance beschäftigt sich daher auch mit der Frage, wie die Unternehmensverfassung auszugestalten ist, damit ein Unternehmen bestmöglich geführt wird und etwaigen Fehlentwicklungen entgegengewirkt werden kann. Zur Festschreibung der Ideen der Corporate Governance

wurden in mehreren Ländern Codices ausgearbeitet, die Richtlinien vorgeben sollen, wie Unternehmensleitung und Unternehmenskontrolle zweckmäßigerweise zu strukturieren sind. Diese Codices, die sich vornehmlich (aber nicht nur) an börsennotierte Aktiengesellschaften richten und die auf dem Prinzip der freiwilligen Beteiligung beruhen, enthalten insbesondere Bestimmungen über den Vorstand (insbesondere auch über Interessenskonflikte und Eigengeschäfte) und über den Aufsichtsrat (beispielsweise auch Regeln über die Vorstandsbestellung).

Allen gemeinsam ist diesen Codices der Gedanke, der dahinter steht: Der Eigentümer oder Anteilseigner, der sein

- 1) Vgl *Briem*, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, *GesRZ* 2009, 12, der das Kontrollkonzept der Privatstiftung als „verfehlt“ erachtet.
- 2) Präambel des Österreichischen Corporate Governance Kodex, [www.corporate-governance.at](http://www.corporate-governance.at).
- 3) *Krejci*, Braucht Österreich einen Corporate Governance Kodex?, *VR* 2002, 145.

Unternehmen nicht selbst leitet und somit Macht über sein Vermögen einem Dritten (den Organmitgliedern) anvertraut, soll geschützt werden. Geschützt sollen aber nicht nur die Eigentümer des Vermögens werden. Auch sämtliche Stakeholder (Stakeholder sind Personen oder Gruppierungen wie beispielsweise Mitarbeiter, Kunden etc, die ebenfalls ein Interesse am Unternehmen haben<sup>4)</sup>) sind vom Schutzbereich der Corporate Governance Regelungen umfasst.<sup>5)</sup>

Umgesetzt wird der Gedanke durch zwei Prinzipien, die eng miteinander verbunden sind: Gewaltentrennung und Transparenz<sup>6)</sup>. Nach dem Prinzip der Gewaltentrennung sollen die Leitung des Unternehmens und die Kontrolle dieser Leitung auf verschiedene Organe aufgeteilt sein, um zu verhindern, dass die Organmitglieder des Leitungsorgans die ihnen übertragene Macht missbrauchen. Nach dem Prinzip dieses Gebotes sollen die einzelnen Abläufe so transparent wie möglich ausgestaltet werden, insbesondere auch um die Kontrolle der Handlungen überhaupt erst zu ermöglichen. Demnach hat das Leitungsorgan die vorgenommenen Handlungen zu dokumentieren und bei Bedarf darüber Auskunft zu erteilen.

In Österreich hat 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 wären hier beispielhaft Bestimmungen des Übernahme- (§ 22 ÜbG) und Bankwesengesetzes (§ 63a BWG). Zudem wurde zur Verbesserung der Corporate Governance auch in das Recht der Kapitalgesellschaften eingegriffen, was sich im GesRÄG 2005<sup>7)</sup> und zuletzt im URÄG 2008 widerspiegelt<sup>8)</sup>.

Trotz des Umstandes, dass eine umfassende Darstellung der angeführten Bestimmungen den Rahmen dieses Beitrags sprengt, sollen diese kurz dargestellt werden:

### 1.1 Übernahmegesetz

Obwohl das Aktienrecht selbst keine Bestimmungen über ein Austrittsrecht bei einschneidenden Satzungsänderungen oder Veränderungen der Gesellschafterrechte enthält, finden sich in zahlreichen Nebengesetzen Bestimmungen, die eine derartige Vorgangsweise rechtfertigen. Grundtenor all dieser Bestimmungen ist, dass derart schwere Eingriffe vorliegen müssen, die dem Anleger ein besonderes Lösungsrecht gewähren. Als Eingriff, der die notwendige Erheblichkeitsschwelle erreicht, wird dabei das Erlangen der Kontrolle an einer börsennotierten Gesellschaft gemäß § 22 ÜbG angesehen; das Austrittsrecht ist als Ausdruck der Corporate Governance zu werten<sup>9)</sup>.

### 1.2 Bankwesengesetz

Die für das Bankwesengesetz maßgebliche Bestimmung findet sich in § 63a Abs 4 BWG und verpflichtet den Prüfungsausschuss des Aufsichtsrates zur Prüfung des Corporate Governance Berichts.

### 1.3 Gesellschaftsrechtsänderungsetz 2005

Im Zuge dieser Novellierung wurden Regelungen des Corporate Governance Kodex, die für alle Kapitalgesellschaften zweckmäßig sind, ins Gesetz übernommen, wobei der Schwerpunkt im Aktiengesetz lag. So wurde beispielhaft die Anzahl der höchstzulässigen Aufsichtsratsmandate auf insgesamt 10 Mandate eingeschränkt.

### 1.4 Unternehmensrechtsänderungsgesetz 2008

Im Rahmen dieses Gesetzes wurde unter anderem die Bestimmung des § 234b in das UGB übernommen, die eine Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt im Sinn des § 1 Abs 2 BörseG zugelassen sind, verpflichtet, einen Corporate Governance-Bericht aufzustellen.

Gemeinsam ist all diesen Bestimmungen, dass sie sich auf Körperschaften beziehen.

## 2. Corporate Governance und Privatstiftungen

Ausgehend von den bisherigen Überlegungen ist nunmehr zu untersuchen, ob die Corporate Governance Regeln auch auf Privatstiftungen anzuwenden sind:

Privatstiftungen sind per definitionem keine Körperschaften, sondern mitgliederlose, rechtsfähige Zweckvermögen<sup>10)</sup>. Privatstiftungen haben daher – anders als etwa Kapitalgesellschaften – keine Mitglieder und Eigentümer. Selbst der Stifter ist nach der Konzeption des PSG weder Mitglied, noch Organ der Privatstiftung. Eine unmittelbare Anwendbarkeit der Corporate Governance Regeln, die speziell auf Körperschaften zugeschnitten sind, scheidet somit aus.

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

5) Präambel des Österreichischen Corporate Governance Kodex, [www.corporate-governance.at](http://www.corporate-governance.at).

6) Siehe dazu *Bruckschweiger*, Von der Corporate Governance zur Foundation Governance, Master Thesis, [www.lawfirm.li/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/Publikationen/Von\\_der\\_Corporate\\_Governance\\_zur\\_Foundation\\_Governance.pdf](http://www.lawfirm.li/fileadmin/user_upload/Dokumente/Publikationen/Von_der_Corporate_Governance_zur_Foundation_Governance.pdf).

7) BGBl I Nr 59/2005.

8) BGBl I Nr 70/2008.

9) *Kalss*, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 f; *Kalss* in *Holubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht Band II<sup>2</sup>, 40.

10) *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005), 9.

Auch das Privatstiftungsrecht kennt aber Regeln der Leitung und Kontrolle, die in Anlehnung an den gesellschaftsrechtlichen Begriff als „Foundation Governance“ bezeichnet werden können. Ein eigener Foundation Governance Kodex existiert in Österreich jedoch nicht.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang insbesondere der Umstand, dass der Stifter durch die Errichtung einer Privatstiftung sein Eigentumsrecht am gestifteten Vermögen an die Stiftung überträgt und aufgrund der Eigentümerlosigkeit der Stiftung sodann eine Verselbständigung des Vermögens erreicht wird<sup>11)</sup>. Die Vermögensübertragung an eine Privatstiftung stellt daher einen Sonderfall dar.

In Folge dieser Eigentümerlosigkeit ist von erhöhten Kontrolldefiziten auszugehen, was der Gesetzgeber auch selbst in § 17 Abs 2 PSG zum Ausdruck bringt. Gemäß dieser Bestimmung ist der Vorstand verpflichtet, seine Aufgaben sparsam und mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters auszuführen. Da jedoch der Vorstand bereits aufgrund des allgemein normierten objektiven Sorgfaltsmaßstabes zur Umsicht und Sparsamkeit verpflichtet ist, kann diese Bestimmung nur als wohlgemeinter „Fingerzeig“ gewertet werden, den der Gesetzgeber jedoch gerade mit Blick auf die Eigentümerlosigkeit der Stiftung als notwendig und unabdingbar angesehen hat<sup>12)</sup>. Auch ist organisationssoziologisch und -ökonomisch belegt, dass Personen, denen (unternehmerische) Verfügungsmacht ohne Kontrolle eingeräumt wird, geneigt sind, den ihnen übertragenen Verfügungsspielraum zumindest in „opportunistischer“ Weise zu ihren Gunsten auszunutzen<sup>13)</sup>.

Festzuhalten ist, dass aufgrund der Eigentümerlosigkeit der Privatstiftung oftmals ein erhöhter Bedarf an Kontrolle besteht, welchem durch die (analoge) Anwendung der Corporate Governance Regeln bzw der Etablierung eines eigenen „Foundation Governance Kodex“ entsprochen werden könnte.

Ob konkrete Möglichkeiten und die Notwendigkeit der Einbindung der Corporate Governance Regeln in die Foundation Governance bestehen, werden wir in Kapitel 4. dieses Beitrages zeigen.

### 3 Foundation Governance

#### 3.1 Allgemeines

Die Foundation Governance Regeln sind dadurch gekennzeichnet, dass im Unterschied zur Kapitalgesellschaft bei der Privatstiftung eine durch Kapitaleinsatz motivierte Kontroll-einrichtung (nämlich die wirtschaftlichen Eigentümer) nicht

existiert<sup>14)</sup>. Selbst der Stifter ist nach der Grundkonzeption des PSG weder Mitglied des Stiftungsvorstands noch gesetzliches Organ der Stiftung. Die Leitung der Stiftung ist dem Stiftungsvorstand anvertraut, dessen Mitglieder sich dabei grundsätzlich – mit einigen Einschränkungen – selbst kontrollieren<sup>15)</sup>. Dem Stifter kommt allerdings in dieser Hinsicht ein großer Gestaltungsspielraum zu. Es steht ihm frei, in der Stiftungserklärung ein von der gesetzlichen Grundkonzeption abweichendes System zu etablieren<sup>16)</sup>.

#### 3.2 Bestimmungen des PSG

Wie dargestellt kennt das PSG nur wenige Bestimmungen, die sich mit der Leitung und Überwachung der Stiftungsorgane befassen. Nur einige davon sind auch zwingend. Nachfolgend werden die wichtigsten dargestellt:

##### 3.2.1 Stiftungsvorstand

Das PSG beruht auf dem Prinzip der Selbstkontrolle. Nach den ErlRV soll der Stiftungsvorstand ein „effektives, professionelles und zugleich sich selbst kontrollierendes Ausführungsorgan der Privatstiftung“ sein<sup>17)</sup>. Wie den Materialien weiters zu entnehmen ist, unterliegt der Stiftungsvorstand grundsätzlich einem gegenüber anderen (vergleichbaren) Organwaltern erhöhten Sorgfaltsmaßstab, was insbesondere auf der Eigentümerlosigkeit der Privatstiftung beruht (vgl eingehend Punkt 4.1)<sup>18)</sup>.

Daneben kennt das Gesetz nur wenige Bestimmungen, die das Konzept der Selbstkontrolle relativieren. Erwähnt sei an dieser Stelle § 14 PSG, wonach das Organ des Stiftungsprüfers zwingend etabliert werden muss, das Auskunftsrecht der Begünstigten gemäß § 30 PSG, die Pflicht der Einrichtung eines Aufsichtsrates bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 22 PSG sowie die Zuständigkeit des Gerichts in bestimmten eng umgrenzten Materien.

11) *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 7/10.*

12) *Csoklich, Haftung des Vorstands einer Privatstiftung, RdW 1999, Heft 4b v. 15.4.1999, 253 Fußnote 10.*

13) *Kalss in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 57.*

14) *Kalss in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen, 199.*

15) *Briem, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ2009, 12.*

16) *Müller/Saurer, Die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften von Privatstiftungen, in Eiselsberg (Hrsg), Stiftungsrecht JB 2009, 204.*

17) ErlRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 15.

18) ErlRV 1132 BlgNR 18. GP zu Konzept der Privatstiftung; *Csoklich, Haftung des Vorstands einer Privatstiftung, RdW 1999, Heft 4b v. 15.4.1999, 253, Fußnote 10.*

### 3.2.2 Stiftungsprüfer

Der Stiftungsprüfer ist gemäß § 14 PSG zwingend als Kontrollorgan einzurichten. Insbesondere mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber auf das Kontrolldefizit der Eigentümer- und Gesellschafterlosigkeit reagiert<sup>19)</sup>. Dem Stiftungsvorstand soll ein Kontrollorgan zur Seite gestellt werden.<sup>20)</sup>

Der Aufgabenbereich des Stiftungsprüfers umfasst insbesondere die Prüfung des Jahresabschlusses einschließlich der Buchführung und des Lageberichtes. Dazu darf der Stiftungsprüfer vom Stiftungsvorstand alle Aufklärungen und Nachweise verlangen, die er für eine sorgfältige Prüfung für notwendig erachtet<sup>21)</sup>. Zur Befugnis des Stiftungsprüfers, eine Sonderprüfung gemäß § 31 PSG zu verlangen, siehe unten Punkt 3.2.5.

### 3.2.3 Der Aufsichtsrat

§ 22 PSG sieht eine Aufsichtsratspflicht für Privatstiftungen nur in Ausnahmefällen vor, und zwar in den Fällen, in denen eine Privatstiftung mehr als 300 Arbeitnehmer beschäftigt oder Kapitalgesellschaften einheitlich leitet oder auf Grund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 Prozent beherrscht, die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften im Durchschnitt 300 Personen übersteigt und sich darüber hinaus die Tätigkeit nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt. In § 25 PSG sind die Aufgaben des Aufsichtsrates geregelt. Demnach hat der Aufsichtsrat

- eine Überwachungspflicht der Geschäftsführung und der Gebarung der Privatstiftung;
- die Möglichkeit der Durchsetzung und Überwachung durch Auskunfts- und Einsichtsrechte;
- die Vertretung der Privatstiftung bei Geschäften mit den Vorstandsmitgliedern;
- die Zustimmung zu bestimmten Geschäften der Privatstiftung.

Eine eingehende Auseinandersetzung mit diesen Aufgaben des Aufsichtsrates erübrigt sich aber, da der Aufsichtsrat in der Praxis so gut wie keine praktische Bedeutung hat<sup>22)</sup>.

### 3.2.4 Die Begünstigten

Den Begünstigten werden vom PSG nur vereinzelte Rechte zugestanden. Weder haben die Begünstigten ohne dementsprechender Regelung in der Stiftungsurkunde das Recht eine Sonderprüfung zu beantragen (siehe dazu unten 3.2.5), noch können die Begünstigten bei Gericht einen Antrag auf Bestellung oder Abberufung von Organen gemäß § 27 PSG

stellen<sup>23)</sup>. Sie können die Bestellung bzw Abberufung nur anregen<sup>24)</sup>. Den Begünstigten kommt als Kontrollinstrument daher nur das Informationsrecht gemäß § 30 PSG zu.<sup>25)</sup> Begünstigte sind berechtigt, Auskünfte über die Erfüllung des Stiftungszweckes sowie die Einsichtnahme in den Jahresabschluss, den Lagebericht, die Bücher sowie die Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde zu verlangen. Allerdings bezieht sich das Auskunftsrecht nur auf Informationen, die im Zusammenhang mit der Erfüllung des Stiftungszweckes stehen. Die gesamte Gebarung der Privatstiftung ist nicht Gegenstand des Informationsrechtes<sup>26)</sup>. Das Informationsrecht kann nach herrschender Lehre weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden<sup>27)</sup>.

Zu beachten ist auch, dass diese Rechte nach dem Gesetz nur Begünstigten mit klagbaren Anspruch sowie aktuell Begünstigten zukommen<sup>28)</sup>. Aktuell Begünstigte haben zwar keinen klagbaren Anspruch auf eine Zuwendung, die Beschlussfassung des Vorstands über die Stiftungsleistung an den aktuell Begünstigten ist jedoch bloß eine rechtlich formale Angelegenheit. Das Anwartschaftsrecht ist in der Stiftungsurkunde bzw Zusatzurkunde bereits so klar zu formulieren, dass dem Vorstand praktisch kein Ermessen über die Auswahl der Zuwendungsempfänger zukommt und er jedenfalls einen bestimmten Betrag oder allenfalls einen Betrag im Rahmen einer vorgegebenen Bandbreite zu bestimmen hat<sup>29)</sup>.

Schließlich kommt den Begünstigten gemäß § 35 Abs 3 und Abs 4 PSG das Recht zu, im Fall, dass der Stiftungsvorstand einen einstimmigen Auflösungsbeschluss ohne Vorliegen eines Auflösungsgrundes gefasst hat, bei Gericht die Aufhebung dieses Beschlusses zu beantragen. Dadurch wird den Begünstigten eine zusätzliche Kontrollkompetenz eingeräumt.

19) *Vetter* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen, 115.

20) *ErIRV* 1132 *BlgNR* 18. *GP* zu § 15.

21) Siehe § 21 Abs 1 *PSG* der auf § 272 *UGB* verweist.

22) *Arnold*, *PSG*<sup>2</sup>, § 22 *Rz* 1.

23) *Arnold*, *PSG*<sup>2</sup>, § 31 *Rz* 4.

24) *Hoffmann*, *Der Auskunftsanspruch des Begünstigten einer Privatstiftung*, *GesRZ* 2006, 17.

25) *Hoffmann*, *Der Auskunftsanspruch des Begünstigten einer Privatstiftung*, *GesRZ* 2006, 17.

26) *Arnold*, *PSG*<sup>2</sup>, § 30 *Rz* 9.

27) *Hoffmann*, *Der Auskunftsanspruch des Begünstigten einer Privatstiftung*, *GesRZ* 2006, 17.

28) *Kalss/Zollner*, *Die gesetzlichen Rechte der Begünstigten*, *GesRZ* 2008, 125; *Kalss*, *Grenzen der Einflussnahme von Begünstigten in der Privatstiftung*, *JEV*, 48.

29) *Kalss*, *Grenzen der Einflussnahme von Begünstigten in der Privatstiftung*, *JEV* 2008, 48.

### 3.2.5 Das Gericht

Eine weitere Rolle innerhalb der Foundation Governance fällt den Gerichten zu. Ihnen wird vom Gesetzgeber die wichtigste Funktion bei der Kontrolle der Privatstiftungen zugewiesen.

Insbesondere kommt den Gerichten bei der Bestellung und Abberufung der Organmitglieder eine Rolle zu. Gemäß § 27 Abs 1 PSG haben die Gerichte eine subsidiäre Bestellungskompetenz der Organmitglieder. Das Gericht kann Organmitglieder (auch des Stiftungsvorstandes) bestellen, soweit die nach dem Gesetz oder Stiftungserklärung vorgeschriebenen Mitglieder von Stiftungsorganen fehlen. Daneben baut das PSG auf einem System auf, wonach zumindest die Mitglieder *eines* Organs vom Gericht zu bestellen sind<sup>30)</sup>. Besitzt die Privatstiftung nur die obligatorischen Organe, nämlich Stiftungsvorstand und Stiftungsprüfer, so wird der Stiftungsprüfer vom Gericht bestellt. Verfügt die Privatstiftung aber über einen Aufsichtsrat, ist dieser berechtigt, den Stiftungsprüfer zu bestellen. Der Aufsichtsrat wird aber (mit Ausnahme des ersten Aufsichtsrates) gemäß § 24 Abs 1 PSG vom Gericht bestellt.

Das Gericht hat weiters ein Mitglied eines Stiftungsorgans auf Antrag oder von Amts wegen abuberufen, wenn dies die Stiftungserklärung vorsieht oder sonst ein wichtiger Grund vorliegt. Als wichtiger Grund gilt insbesondere eine grobe Pflichtverletzung und die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben. In diesem Zusammenhang führt *Arnold*<sup>31)</sup> als Pflichten, deren Verletzung eine Abberufung aus wichtigem Grund notwendig machen, beim Stiftungsvorstand beispielhaft die ordnungsgemäße Vornahme von Anmeldungen beim Firmenbuch, die Beachtung der Ausschüttungssperre des § 17 Abs 2 2. Satz PSG, die ordnungsgemäße Rechnungslegung (§ 18 PSG) und die Erteilung von Auskünften an Begünstigte nach § 30 PSG an. Als grob ist eine Pflichtverletzung dann zu qualifizieren, wenn sie einem ordentlichen Menschen in dieser Situation keinesfalls unterläuft.

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 Insichgeschäft

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<sup>32)</sup>.

Auch die Sonderprüfung gemäß § 31 PSG dient nach dem Willen des Gesetzgebers dazu, das der Privatstiftung eigene Kontrolldefizit (zum Fehlen von Eigentümern siehe oben) auszugleichen<sup>33)</sup>. Allerdings ist die Sonderprüfung antragspflichtig. Das Prinzip der Selbstkontrolle wird durch die Sonderprüfung daher nicht entscheidend eingeschränkt. Antragsberechtigt sind nach dem Wortlaut des Gesetzes die Stiftungsorgane sowie jedes seiner Mitglieder.

Erfolgreich ist der Antrag auf Sonderprüfung gemäß § 31 Abs 5 PSG aber nur dann, wenn dem Gericht glaubhaft gemacht werden kann, dass Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungserklärungen vorgekommen sind. Dies indiziert, dass dem Gericht ein erheblicher Entscheidungsspielraum bei der Frage, was als unredlich oder grobe Verletzung anzusehen ist, zukommt. Zudem ist ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Gerichtes nur zulässig, wenn dieses eine Verletzung im aufgezeigten Sinn feststellt<sup>34)</sup>.

Es ist daher festzustellen, dass das Recht auf Durchführung einer Sonderprüfung in Folge der dafür notwendigen gerichtlichen Genehmigung in der Praxis nur ein eingeschränktes Kontrollmittel darstellt; dies nicht zuletzt deshalb, da eine Sonderprüfung lediglich bei – nicht näher definierten – groben Sorgfaltsverstößen zulässig ist<sup>35)</sup>.

### 3.3 Regelung der Foundation Governance durch den Stifter

Nach dem System des PSG kommt dem Stifter – wie bereits dargelegt – bei der Ausgestaltung der Foundation Governance ein großer Gestaltungsspielraum zu<sup>36)</sup>. Dem Stifter stehen daher eine Vielzahl von Möglichkeiten offen, wie er

30) *Arnold*, PSG<sup>2</sup>, § 22 Rz 22.

31) *Arnold*, PSG<sup>2</sup>, § 27 Rz 24.

32) Vgl 1132 BlgNR XVIII GP.

33) Vgl 1132 BlgNR XVIII GP zu § 31.

34) *Riedler* in *Hasch & Partner*, PrivatstiftungsG, § 31, 145.

35) *Arnold*, PSG<sup>2</sup>, § 31 Rz 30.

36) *Müller/Saurer*, Die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften von Privatstiftungen, in *Eiselsberg* (Hrsg), Stiftungsrecht JB 2009, 204.

auf die Foundation Governance Einfluss nehmen kann. Die wichtigsten werden nachfolgend dargestellt:

### 3.3.1 Stiftungszweck

Insbesondere über den Stiftungszweck hat der Stifter die Möglichkeit, dem Stiftungsvorstand verbindliche Leitlinien in die Hand zu geben, wie die Stiftung zu leiten ist. Der Stifter hat es in der Hand, über den Stiftungszweck den Stiftungsvorstand in seinem Handeln zu binden. Gemäß § 17 Abs 1 1. Satz PSG hat der Stiftungsvorstand seine Aufgaben sparsam und in Erfüllung des Stiftungszweckes zu erfüllen. An diesen Leitlinien, hat der Stiftungsvorstand sein Handeln konkret auszurichten.

Die Möglichkeiten der Kontrolle des Stiftungsvorstandes bzw einzelner seiner Mitglieder, ob die übertragenen Aufgaben erfüllt werden, kann dabei in mehrfacher Weise erfolgen.

So ist zunächst darauf zu verweisen, dass das PSG – mangels anderslautender Regelung – vom Prinzip der kollegialen Geschäftsführung ausgeht; der Ausschluss einzelner Vorstandsmitglieder von der Geschäftsführung ist daher unzulässig<sup>37)</sup>. Abweichend von der gesetzlichen Regelung kann zudem ein Alleinentscheidungsrecht eines bestimmten Vorstandsmitgliedes durch den Stifter vorgesehen werden.

Aber auch eine solche Konstellation ändert daran nichts, dass der Stiftungsvorstand von seiner Konzeption her grundsätzlich ein sich selbst kontrollierendes Organ sein soll bzw ist<sup>38)</sup>.

Ist zudem ein Aufsichtsrat eingerichtet, hat dieser die Geschäftsführung gemäß § 25 Abs 1 PSG zu überwachen und kann jederzeit die ihm eingeräumte Kontrollbefugnis gegenüber dem Stiftungsvorstand ausüben<sup>39)</sup>. Inhaltlich erstreckt sich das Aufsichtrecht auf die gesamte Geschäftsführung und alle für die Stiftung relevanten Handlungsweisen<sup>40)</sup>.

Schließlich hat der Stiftungsprüfer gemäß § 21 PSG den Jahresabschluss einschließlich der Buchführung und den Lagebericht zu prüfen. Dadurch kommt es zu einer weiteren Prüfung der Geschäftsführung, da der Stiftungsvorstand im Lagebericht auch auf die Erfüllung des Stiftungszweckes einzugehen hat.

Verstößt der Vorstand gegen die ihm durch Gesetz oder die Stiftungserklärung obliegende Pflichten, so kommen wiederum die – bereits oben erwähnte – Möglichkeiten der Initiierung einer Sonderprüfung gemäß § 31 PSG sowie die Aberufung der Vorstandsmitglieder gemäß § 27 Abs 2 PSG in Betracht, die diesfalls wohl als Ausfluss einer letztmöglichen Kontrollmöglichkeit zu werten sind.

### 3.3.2 Mitwirkungsrechte von Stifter und Begünstigten

Grundsätzlich ist es zulässig, dass sich der Stifter in der Stiftungserklärung umfangreiche Rechte einräumt. Infrage kommen Ernennungs-, Nominations- oder Vorschlagsrechte sowie Weisungs- und Zustimmungsrechte. Insbesondere kann in die Stiftungserklärung die Verpflichtung des Stiftungsvorstandes aufgenommen werden, bestimmte Geschäfte dem Stifter vorzulegen, wobei die Nichtgenehmigung zur Unzulässigkeit dieser Maßnahmen führt.

Die Möglichkeit der Bindung des Stiftungsvorstandes ist jedoch begrenzt. Jedenfalls muss ein gewisser Entscheidungsspielraum des Stiftungsvorstandes gewahrt bleiben. Der Stiftungsvorstand darf nicht zu einem bloßen Vollzugsorgan verkommen. Daher dürfen dem Stiftungsvorstand (wie im Übrigen jedem anderen Organ auch) gewisse Kernkompetenzen nicht entzogen werden<sup>41)</sup>. Nach *Kalss*<sup>42)</sup> fallen in diese Kernkompetenz des Stiftungsvorstandes die Beschlussfassung über die Auflösung der Privatstiftung bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, die Feststellung des Jahresabschlusses sowie die Vertretung der Privatstiftung nach außen.

Der OGH hat nunmehr allerdings klargestellt, dass das PSG keine abschließende Definition der zustimmungspflichtigen Geschäfte in der Stiftungsurkunde oder Stiftungszusatzurkunde verlangt<sup>43)</sup>. Es ist daher zulässig, eine Bestimmung in die Stiftungserklärung aufzunehmen, wonach es dem Stifter (oder einem anderen Organ wie beispielsweise dem Beirat) frei steht, unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen eine Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand zu erlassen.

In einer solchen Geschäftsordnung können die zustimmungspflichtigen Geschäfte bzw Maßnahmen angepasst, erweitert oder auch eingeschränkt werden. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Stifter (oder das andere Organ) hierzu in der Stiftungserklärung ermächtigt wird<sup>44)</sup>. Zu be-

37) *Torggler, Verantwortung und Haftung der Mitglieder von Stiftungsvorständen*; *ecolx* 1998, 130; *Arnold, PSG*<sup>2</sup>, § 17 Rz 32; *Hochedlinger*, in *Hasch & Partner, PrivatstiftungsG*, § 28, 137.

38) Vgl 1132 BlgNR XVIII GP zu § 15.

39) *Fischer, Die Organisationsstruktur der Privatstiftung*, 141.

40) *Arnold, PSG*<sup>2</sup>, § 25 Rz 3.

41) *Müller/Saurer, Die Bindung von Geschäften und Maßnahmen des Stiftungsvorstandes an die Zustimmung des Stifters – Praxisfall*, *JEV* 2008, 92.

42) *Kalss, Grenzen der Einflussnahme von Begünstigten in der Privatstiftung*, *JEV* 2008, 56.

43) Vgl OGH vom 13.3.2008, 6 Ob 49/07k und 6 Ob 50/07g.

44) *Arnold in GesRZ* 2008, 163.

achten ist in diesem Zusammenhang aber der Umstand, dass eine Geschäftsordnung nicht derart gestaltet sein darf, dass damit zwingende Regelungen, wie jene des § 28 Z 1 und Z 3 PSG umgangen werden; widerspricht eine Regelung der Geschäftsordnung einer zwingenden Bestimmung des PSG, ist diese unbeachtlich. Weiters kann von Bestimmungen, die in die Stiftungserklärung bezüglich der inneren Ordnung aufgenommen wurden, im Rahmen einer Geschäftsordnung nicht mehr abgegangen werden.

### 3.3.3 Einrichtung eines Beirates

Der Stifter kann auch ein „weiteres Organ“ im Sinne des § 14 Abs 2 PSG (zB einen Beirat) schaffen und diesem bestimmte Kompetenzen einräumen.

Auch hier sind aber die Grenzen der Gestaltungsfreiheit zu beachten (siehe oben Punkt 3.3.2).

Nach der Rechtsprechung des OGH (6 Ob 305/01y) muss der Beirat zudem in der Stiftungsurkunde eingerichtet werden. Enthält die Stiftungsurkunde bloß eine Ermächtigung des Stifters, weitere Organe zu bestellen, und befinden sich alle Bestimmungen über die Organstruktur, Aufgaben etc des Beirates in der Stiftungszusatzurkunde, so hat der Stifter ein „geheimes Organ“ errichtet, dem keine Organstellung im Sinne des § 14 Abs 2 PSG zukommt. Unbedenklich ist es aber nach der Rechtsprechung des OGH<sup>45)</sup>, ein weiteres Organ in der Stiftungsurkunde einzurichten, mit der Möglichkeit der Aktivierung dieses Organs durch einen Willensentschluss des/der Stifter oder anderer Personen. Ausreichend ist es auch, die Kompetenzen des Beirates nur grob zu umschreiben; beispielsweise ist es nicht erforderlich, sämtliche zustimmungspflichtigen Geschäfte in die Stiftungsurkunde aufzunehmen. Soweit die Bestellung und/oder Abberufung der Organmitglieder näher geregelt wird, sind diese Bestimmungen aber in die Stiftungsurkunde aufzunehmen<sup>46)</sup>.

In der Praxis hat der Stifter häufig den Wunsch, insbesondere nach seinem Tod den Mitgliedern seiner Familie – die nach dem Ableben des Stifters auch Begünstigte sein sollen – Einfluss auf die Geschicke der Privatstiftung einzuräumen. Dies kann durch einen so genannten Begünstigtenbeirat erreicht werden. Der Beirat ist in diesem Fall mit Begünstigten besetzt. Unbestritten dürfen einem Beirat auch Begünstigte angehören. Für die Besetzung des Beirates existieren per se auch keine Unvereinbarkeitsbestimmungen, weshalb grundsätzlich auch sämtliche Mitglieder des Beirates mit Begünstigten besetzt werden können. Allerdings wurde in Literatur und Lehre mehrfach diskutiert, ob nicht die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 23 Abs 2 Satz 2

PSG, wonach der Aufsichtsrat einer Privatstiftung nicht mehrheitlich mit Begünstigten besetzt werden darf, auch auf einen mehrheitlich mit Begünstigten besetzten Beirat analog anzuwenden ist, wenn diesem aufsichtsratsähnliche Kompetenzen übertragen werden. Dies wird nach einer kürzlich ergangenen Entscheidung des OGH zu 6 Ob 49/07k und 6 Ob 50/07g wohl zu bejahen sein. Mit anderen Worten: Werden einem Beirat aufsichtsratsähnliche Kompetenzen eingeräumt (beispielsweise Kontrollkompetenzen), dann ist sicherzustellen, dass er nicht mehrheitlich mit Begünstigten besetzt ist, ansonsten besteht unter Umständen die Gefahr, dass die Beschlüsse des Beirates nichtig sind<sup>47)</sup>.

### 3.3.4 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass das gesetzliche Organisations- und Kontrollkonzept des PSG eine distanzierte, vom Geist der Privatautonomie getragene Kontrollstruktur vorsieht. Die Richtschnur für die im Rahmen der Kontrolle zu überprüfenden Maßnahmen bildet dabei immer die Stiftungserklärung, mit welcher der Stifter auch eine Vertiefung der im PSG vorgesehenen Kontrollkompetenzen implementieren kann. Exemplarisch seien nachstehende Regelungen angeführt:

- Konkrete Formulierung des Stiftungszweckes, die dem Stiftungsvorstand eine genaue Anleitung gibt, wie er die Stiftung zu führen hat;
- Vorbehalt umfassender Mitwirkungs- und Kontrollrechte für den Stifter, insbesondere Verpflichtung des Stiftungsvorstandes bestimmte Geschäfte dem Stifter vorzulegen, wobei die Nichtgenehmigung zur Unzulässigkeit dieser Maßnahmen führt.
- Einrichtung eines Beirates als Kontrollorgan (möglicher Aufgabenbereich: Zustimmungsrechte, Weisungsrechte, Vetorechte, Beratungs- und Anhörungsrechte, Kontroll- und Überwachungsrechte, Rechte zur Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstandes).

## 4 Integration von Corporate Governance Regeln in die Foundation Governance oder analoge Anwendung von Corporate Governance Regeln?

### 4.1 Allgemeines

Da eine Privatstiftung weder Unternehmen noch Kapitalgesellschaft ist, eine direkte Anwendbarkeit somit wie dargestellt ausscheidet, stellt sich die Frage, ob die Regeln der

45) OGH 31.1.2002, 6 Ob 305/01y und 6 Ob 231/02t.

46) Arnold, PSG<sup>2</sup>, § 14 Rz 22.

47) Arnold, PSG<sup>2</sup>, § 23 Rz 31.

Corporate Governance, die sich hauptsächlich (wenn auch nicht ausschließlich) an börsennotierte Gesellschaften richten, dennoch in Ergänzung zur Foundation Governance Relevanz für Privatstiftungen haben.

Regeln, die sich mit Leitung und Überwachung der Organe beschäftigen, sind dem PSG wie dargestellt nicht unbekannt<sup>48)</sup>. 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 Stiftung 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 „stiftungsinteressierte Personen“, die weitgehend eigentümerimmanente Interessen haben: den Stifter und den oder die Begünstigten<sup>49)</sup>.

Eine 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. Die dogmatische Begründung lässt sich dabei wie folgt herleiten:

Gemäß § 14 PSG beruht das gesetzliche Organisationskonzept der Privatstiftung auf zwei obligatorischen Organen, dem Stiftungsvorstand und dem Stiftungsprüfer; ein Aufsichtsrat ist in einzelnen bestimmten Fällen einzurichten. Im Rahmen dieses Organisationsmodelles werden die innere Ordnung der Privatstiftung sowie die Aufgaben und Kompetenzen der Organe weitgehend zwingend festgelegt. Den dogmatischen Hintergrund dafür bildet schon die Überlegung des Gesetzgebers, dass aufgrund ihrer organisatorischen Eigenart die Privatstiftung (mangels Eigentümer) einem erhöhten Missbrauchsrisiko ausgesetzt ist<sup>50)</sup>. Auch kommt dieser Grundgedanke des Gesetzgebers in § 17 Abs 2 PSG (siehe oben) zum Ausdruck, da er im Rahmen dieser Bestimmung den Stiftungsvorstand bzw jedes seiner Mitglieder verpflichtet, die übertragenen Aufgaben sparsam und mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen.

Mit Blick auf den dem Vorstand aber ohnehin obliegenden Sorfaltsmaßstab, ist diese Regelung als überschießend zu werten; es kommt ihr nur demonstrativer Charakter zu<sup>51)</sup>.

Sie zeigt aber wiederum klar die Intention des Gesetzgebers, Vorstandsmitglieder einer Privatstiftung einem höheren Sorg-

faltsmaßstab als Organwaltern von anderen Organisationen unterziehen zu wollen. Begründbar ist dies wohl damit, dass die Privatstiftung unstrittig aufgrund ihrer Eigentümerlosigkeit in erhöhten Ausmaß Gefahren verschiedenster Art ausgesetzt ist und folglich eine optimale interne Kontrolle so weit möglich zu garantieren ist. Zusätzlich erfolgt eine externe Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte und steht dem Stifter schließlich – quasi als exit Szenario – die Möglichkeit offen, die Stiftungserklärung nach § 33 Abs 2 PSG zu ändern bzw die Privatstiftung gänzlich zu widerrufen.

Bei einer Gesamtschau all dieser Umstände kann daher darauf geschlossen werden, dass der Gesetzgeber den Willen hatte, die Privatstiftung einem höheren Schutzmechanismus zu unterstellen als andere vergleichbare juristische Personen. Dies bedingt, dass in konsequenter Anwendung bzw Umsetzung dieses Grundsatzes auch die Corporate Governance Regeln (die zum Zeitpunkt des in Kraft Treten des PSG schlichtweg nicht bestanden haben) auf Privatstiftungen anzuwenden sind; dies mit dem Gedanken, eine noch höhere Kontrolle zu gewährleisten.

Losgelöst davon wird immer dann an die Anwendung von Corporate Governance Regeln bei Privatstiftungen zu denken sein, wenn diese in Konzernstrukturen mit Kapitalmarktbezug integriert werden, wobei bei solchen Konstellationen regelmäßig eine Privatstiftung als Aktionär oder vice versa eine Aktiengesellschaft als Stifterin auftritt<sup>52)</sup>. Jedenfalls stellt die Privatstiftung bei derartigen Konstruktionen aber einen (meist) sehr wesentlichen Teil der gesamten Konzernstruktur dar; schon deshalb sind die Corporate Governance Regeln auf sie anzuwenden.

## 4.2 Integration von Corporate Governance Regeln in die Foundation Governance

Ergänzend zu den bisherigen Ausführungen gilt es daher auch zu diskutieren, welche Grundsätze des Österrei-

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

49) Vgl *Kalss*, Grenzen der Einflussnahme von Begünstigten in der Privatstiftung, JEV 2008, 48; *Lindner/Zollner*, Die Privatstiftung als Baustein der Corporate Governance, ZFR 2006, 90; *Zollner*, Grenzen der Gestaltungsmöglichkeit für Beiräte einer Privatstiftung, JBI 2009, 22.

50) Vgl 1132 BlgNR XVIII GP allgemeiner Teil/Konzept der Privatstiftung.

51) *Csoklich*, Haftung des Vorstands einer Privatstiftung, RdW 1999, Heft 4b v. 15.4.1999, 253, Fußnote 10.

52) *Lindner/Zollner*, Die Privatstiftung als Baustein der Corporate Governance, ZFR 2006, 90; *Kalss* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 68.



schen Corporate Government Kodex sich überhaupt für eine Einbindung in die Foundation Governance eignen würden.

Exemplarisch seien hier erwähnt:

- Eine den Grundsätzen guter Corporate Governance/ Foundation Governance folgende Geschäftsführung sollte im Rahmen offener Diskussionen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat bzw sonstigen fakultativen Stiftungsorganen erfolgen (vgl Punkt III. 10. Österreichischer Corporate Governance Kodex);
- Die Geschäftsverteilung und die Zusammenarbeit der Organe sollte in einer Geschäftsordnung geregelt werden. Beststellungsdatum, Kompetenzverteilung sowie weitere Organfunktionen sind im Corporate Governance/ Foundation Governance Bericht anzuführen (vgl Punkt IV. 16 Österreichischer Corporate Governance Kodex);
- Die Vergütung des Vorstands ist klar zu regeln, wobei Parameter wie der Umfang des Aufgabenbereiches, die Verantwortung und die wirtschaftliche Lage maßgeblich sind (vgl Punkt IV. 27 Österreichischer Corporate Governance Kodex);
- Auch der Aufsichtsrat (soweit eingerichtet) oder ein aufsichtsratsähnlicher Beirat soll sich eine Geschäftsordnung geben und interne Berichtspflichten festlegen (vgl Punkt V. 34 Österreichischer Corporate Governance Kodex).
- Abhängig von der spezifischen Ausrichtung der Stiftung sollte der Aufsichtsrat oder ein aufsichtsratsähnlicher Beirat Ausschüsse bilden (vgl Punkt V. 34 Österreichischer Corporate Governance Kodex).
- Die Vergütungen von Aufsichtsratsmitgliedern und fakultativ bestellten Stiftungsorganen bzw von Beiräten ist im Corporate Governancebericht zu veröffentlichen (vgl Punkt V. 50 Österreichischer Corporate Governance Kodex).

#### 4.3 Analoge Anwendbarkeit von Corporate Governance Regeln

Schließlich ist auch die analoge Anwendung von Corporate Governance Regeln auf das Stiftungsrecht in Berücksichtigung zu ziehen.

##### 4.3.1 Verbot der Organverflechtung

Grundsätzlich erfasst das Verbot der Organverflechtungen Aufsichtsratsmitglieder von Kapitalgesellschaften, die mit einer Tochtergesellschaft im Sinn des § 228 Abs 3 UGB verbunden sind. Unabdingbare Voraussetzung des Verbotes der Organverflechtung ist daher ein gesellschaftsrechtliches Leitungsverhältnis im Sinn von § 244 Abs 1 UGB bzw ein Kontrollverhältnis im Sinn von § 244 Abs 2 UGB. Bei Bestehen derartiger Beherrschungsverhältnisse dürfen Organ-

walter nicht parallel Aufsichtsratsmitglieder in der Muttergesellschaft und gesetzlicher Vertreter in einem Tochterunternehmen sein.

Privatstiftungen sind rein nach dem Wortlaut der Bestimmung vom Verbot nicht erfasst, da sie weder Kapitalgesellschaften sind, an deren Organe sich das mit der GesRÄG 2005 eingefügte Verbot hauptsächlich richtet, noch erfüllen sie den Begriff einer Tochtergesellschaft im Sinne des § 228 Abs 3 UGB.

Jedoch ist zu hinterfragen, ob sich das Verbot der Organverflechtung nur auf Kapitalgesellschaften bezieht oder auch analog für Privatstiftungen gilt.

Grundsätzliche Voraussetzung einer derartigen analogen Anwendung einer Bestimmung ist das Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts<sup>53)</sup>.

Es ist daher zunächst der Zweck des Verbotes der Organverflechtung zu hinterfragen, welcher unbestritten darin liegt, eine Organbesetzung wider das natürliche Organisationsgefälle im Sinn von § 90 Abs 1 AktG und § 86 Abs 2 Z 2 AktG zu vermeiden.

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. Dies insbesondere deshalb, da es nunmehr einhellig anerkannt ist, dass Privatstiftungen auch an einer Konzernspitze stehen dürfen<sup>54)</sup>.

Obwohl der Konzernbegriff des § 22 PSG und der Begriff des verbundenen Unternehmens im Sinne des § 228 Abs 3 UGB nicht ident sind, ist die Erfüllung der Tatbestände durch eine Privatstiftung, die Unternehmensbeteiligungen hält, durchaus denkbar. In diesem Fall besteht sodann ein Organisationsgefälle, das vom Verbot der Organverflechtung gedeckt ist.

Auffallend ist, dass im Rahmen des GesRÄG 2005 nur das AktG und das GmbHG novelliert wurden, was den Schluss nahe legt, dass Konstellationen im Zusammenhang mit Privatstiftungen bewusst ausgeschlossen wurden. Einschränkend ist hiezu anzumerken, dass die maßgebliche Entscheidung des OGH vom 1.12.2005 stammt, sohin es im

53) *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht*<sup>13</sup> I, 27.

54) OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p.

Zeitpunkt des Inkrafttretens des GesRÄG 2005 (BGBl I 59/2005, ausgegeben am 4.7.2005) noch keineswegs abgesichert war, dass Privatstiftungen grundsätzlich an der Spitze von Konzernen stehen dürfen und folglich für diesen Fall auch keine gesetzlichen Vorkehrungen notwendig waren.

Auf Basis dieser Überlegungen kann daher das Vorliegen einer planwidrigen Lücke abgeleitet werden, die eine analoge Anwendung von in das Gesellschaftsrecht integrierten Corporate Governance Regeln auch auf Sachverhalte mit Privatstiftungen rechtfertigt.

Das Verbot der Organverflechtung schlägt nach der hier vertretenen Meinung daher auf Privatstiftungen durch, wobei auch aufsichtsratsähnliche Beiräte aufgrund der ihnen regelmäßig eingeräumten Überwachungsbefugnisse von diesem umfasst sein werden<sup>55)</sup>.

Ebenso ist auch bei Konstellationen, in denen eine umgekehrte Eigentümerstruktur herrscht, zu argumentieren, da nach herrschender Lehre die Rechtsform des Tochterunternehmens unerheblich ist und auch hier eine potentielle Gefährdung des Organisationsgefälles in Folge einer § 228 Abs 3 UGB ähnlichen Anordnungen besteht<sup>56)</sup>. In der Praxis wird dieses Verbot vor allem dann von Relevanz sein, wenn einer Kapitalgesellschaft über eine Privatstiftung ein umfassendes Kontrollrecht zukommt, diese also etwa befugt ist die Mehrheit der Stiftungsorgane zu bestellen oder ihr ein Änderungsrecht bezüglich der Stiftungserklärung zukommt. Im Fazit ist daher festzuhalten, dass das Verbot der Organverflechtung in analoger Anwendung auch für Privatstiftungen Gültigkeit hat.

#### 4.3.2 Verbot der Überkreuzverflechtung

Nach der Bestimmung § 86 Abs 2 Z 3 AktG sind Überkreuzungsverflechtungen ein Ausschlusskriterium für (potenzielle) Aufsichtsratsmitglieder einer AG, weil eine Person dem Aufsichtsrat einer AG nicht angehören darf, die gleichzeitig gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Mitglied des Vorstandes jener Gesellschaft ist, in welcher das Aufsichtsratsmandat angestrebt wird<sup>57)</sup>.

Da die Privatstiftung aber gerade keine Kapitalgesellschaft ist, kommt die Regel des § 86 Abs 2 Z 3 AktG daher grundsätzlich nicht zur Anwendung, wenn derartige Verflechtungen zwischen Kapitalgesellschaften und Privatstiftungen erfolgen.

Ausgehend vom Telos der angeführten Bestimmung, wonach keine Person andere Personen überwachen soll, von

denen sie selbst überwacht wird, ist jedoch eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Sachverhalte mit Privatstiftungen im Fall einer Überkreuzverflechtung zwischen Kapitalgesellschaften und Privatstiftungen in Erwägung zu ziehen<sup>58)</sup>. Darüber hinausgehend kann sich sogar eine Verschärfung der Regelungen über die Überkreuzverflechtung aus stiftungsrechtlichem Eigeninteresse ergeben<sup>59)</sup>.

Bei einer Gesamtschau aller diesbezüglich relevanter Umstände kann daher mit guten Gründen eine solche analoge Anwendung bejaht werden, wobei das Argument, dass niemand andere Personen überwachen soll, von denen er überwacht wird, wohl am meisten überzeugt und insofern von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen ist. Sofern die Privatstiftung über Tochtergesellschaften verfügt, ist diese Regelung daher im Rahmen der Organbesetzung zu beachten. Auch das Verbot der Überkreuzverflechtung wird wiederum aufsichtsratsähnliche Beiräte erfassen (siehe oben Punkt 4.3.1).

Nicht unerwähnt soll hier die diesbezügliche Ausnahmeregel des § 86 Abs 2 Z 3 AktG bleiben, wonach bei einer Beteiligung im Sinne des § 228 Abs 1 UGB oder einer konzernmäßigen Verbindung das Verbot nicht zum Tragen kommt<sup>60)</sup>.

#### FAZIT

**Macht braucht Kontrolle.** Auf diesen einfachen Satz lassen sich die Ideen der Corporate Governance zusammenfassen. Allerdings sind diese Ideen auf Privatstiftungen nicht direkt anwendbar. Ein Foundation Governance Codex existiert in Österreich derzeit noch nicht. Bis es soweit ist, hängt es – abgesehen von einer möglichen analogen Anwendung von Corporate Governance Regeln, die bereits Eingang in das Gesellschaftsrecht gefunden haben – vom jeweiligen Stifter ab, für eine wirkungsvolle Umsetzung

55) Müller/Saurer, Die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften von Privatstiftungen, in *Eiselsberg* (Hrsg), Stiftungsrecht JB 2009, 205.

56) Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 3/465.

57) Lindner/Zollner, Die Privatstiftung als Baustein der Corporate Governance, ZFR 2006, 90.

58) Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rz 3/465.

59) Lindner/Zollner, Die Privatstiftung als Baustein der Corporate Governance, ZFR 2006, 90.

60) Kalss, in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts 68.

der Corporate Governance in die Foundation Governance zu sorgen.

Die in diesem Zusammenhang jüngst von *Briem* vertretene Meinung, dass das vom PSG verfolgte Kontrollkonzept *gänzlich verfehlt* sei, erscheint aber – insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der bisher meist positiven Erfahrungen im Zusammenhang mit Privatstiftungen – zumindest überschießend<sup>61)</sup>.

Grundsätzlich zuzustimmen ist aber der Ansicht, dass schon infolge des Organisationskonzeptes der Privatstiftung eine erhöhte Missbrauchsanfälligkeit besteht und auch einzelne Kontrollmechanismen zu rudimentär ausgeprägt bzw. ineffizient gestaltet sind; das grundsätzliche Konzept der Privatstiftung sollte aber deswegen nicht in Frage gestellt werden, allenfalls aber der Einsatz der Privatstiftung in einzelnen Fällen.

Exemplarisch sei hier auf das von *Briem* erwähnte Beispiel verwiesen, wonach die Hauptlast der Kontrolle bei den Gerichten liege, diese aber aufgrund des nur eingeschränkten Informationsflusses durch die Privatstiftungen (in concreto des Vorstands) nur sehr eingeschränkt ihr Kontrollrecht wahrnehmen können (vgl. dazu die Ausführungen in Punkt 3.2.5).

Unbestritten ist, dass das von ihm angesprochene Recht auf Sonderprüfung gemäß § 31 PSG in seiner derzeitigen Form kein wirklich durchschlagendes Kontrollinstrument – infolge des dem Gericht übertragenen Entscheidungsspielraums – darstellt.

Gleichzeitig soll aber anhand dieses Beispiels auch gezeigt werden, dass eine gänzliche Neuordnung der Stiftungsarchitektur – welche wohl in letzter Konsequenz von ihm gefordert wird (argumentum: „Das vom PSG verfolgte Kontrollkonzept, welches nahezu keine gesetzlichen Kontrollrechte der Begünstigten, die wirtschaftliche Nutznießer des Stiftungshandels sind, vorsieht, ist verfehlt“) nicht notwendig ist, um die angestrebten Ziele von erhöhter Transparenz sowie Kontrolle zu erreichen und auch dem Vertrauen in die Rechtskontinuität entgegenstehen würde. Vielmehr sind die Stifter bei der Gestaltung der Stiftungserklärung gefordert, die gesetzlichen Regelungen durch durchdachte und dem Stiftungszweck entsprechende Kontrollregelungen zu ergänzen.

Grundprämisse dafür ist zunächst wohl eine klare Abgrenzung zwischen jenen Typen von Privatstiftungen, mit denen Anleger- oder Kapitalmarktinteressen tangiert werden können oder bei denen eine Vielzahl von „stiftungsinteressierten Personen“ existiert und jenen, die bloß vermögensverwaltend sind. Ausgehend

vom jeweiligen (operativen) Tätigkeitsfeld der einzelnen Stiftung ist nämlich auch das konkrete Organisationsstatut zu gestalten. Gemein ist all diesen Typen hingegen, dass mit ein und demselben gesetzlichen Organisationskonzept nahezu diametral entgegenstehende Interessen verfolgt werden sollen, was – sei es auf der einen oder der anderen Seite – zu Defiziten in den verschiedensten Bereichen führen kann.

Fraglich ist daher, wie der weite rechtliche Bogen, für den heute das Konstrukt Privatstiftungen herangezogen wird, gestaltet werden kann bzw. muss, um einerseits die vom Grundgedanken des Privatstiftungswesens getragene Überlegung der Privatautonomie zu wahren, andererseits aber auch die Interessen von Stakeholdern und stiftungsinteressierten Personen zu erfüllen bzw. den Anforderungen des Verkehrsschutzes zu entsprechen, ohne das offene Grundkonzept der Privatstiftung zu gefährden<sup>62)</sup>.

Als flexibler und gleichzeitig den mannigfachen Stifterinteressen entsprechender Lösungsansatz sollte – und damit kann der Kreis zum Thema dieses Beitrags geschlossen werden – auf das allgemein bekannte Konzept der Corporate Governance bzw. Foundation Governance zurückgegriffen werden.

Dies zum einen deshalb, da mit dem im Rahmen dieses Lösungsansatzes einhergehenden Prinzip der Freiwilligkeit dem Stiftungsgedanken in seiner grundlegendsten Ausprägung entsprochen werden kann, zum anderen sich aber Privatstiftungen, die in einer engen Verbindung zu börsennotierten Unternehmen stehen (zu denken sei hier insbesondere an Konzernstrukturen im Banken- und Sparkassenbereich) insbesondere infolge der bereits weitgehend etablierten Akzeptanz der Corporate Governance in diesem Bereich einer Erweiterung der Transparenz- und Kontrollgebote in den bislang nicht erfassten Bereich der Privatstiftungen wohl schon aus Gründen der Seriosität nicht entziehen könnten. Inwieweit es für diesen Typus der Privatstiftung in Zukunft gesetzlicher Eingriffe zur Herstellung entsprechender Transparenz und Kontrolle bedarf, wird wesentlich vom verantwortungsvollen Umgang der Stifter mit der ihnen zukommenden Autonomie bei der Gestaltung der Stiftungserklärung und von der Umsetzung entsprechender Ge- und Verbote durch Einrichtung einer Foundation Governance im oben dargestellten Sinn abhängen.

61) *Briem*, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12; *Schauer*, Aktuelle Entwicklungen im Stiftungsrecht, JEV 2009, 20.

62) *Kalss*, in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 69.