



DDr. Katharina Müller

ist Partnerin der Kanzlei Müller Partner Rechtsanwälte GmbH. Ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt im Bereich Privatstiftungsrecht, Erbrecht und Vermögensweitergabe.



Dr. Martin Melzer, LL.M.,

ist Partner der Kanzlei Müller Partner Rechtsanwälte GmbH. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt im Bereich Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht und Vermögensnachfolge.

## *Erfolgsfaktoren für den Generationenwechsel in der Privatstiftung – Update*

- Vor gut sieben Jahren haben die Autoren an dieser Stelle einen Beitrag mit dem Titel „Erfolgsfaktoren für den Generationenwechsel in der Privatstiftung“ veröffentlicht. Der 25. Jahrestag des Privatstiftungsgesetzes (PSG) am 1. September 2018 soll nun zum Anlass genommen werden, die damaligen Ausführungen auf ihre Aktualität hin zu prüfen und gegebenenfalls zu adaptieren.
- Das Grundthema ist dabei freilich gleich geblieben: Mit dem Ableben der Generation der Erststifter kommt es je nach Ausgestaltung der Stiftungserklärung zu mehr oder weniger einschneidenden Veränderungen in der Privatstiftung und deren Verwaltung.

### 1. Einleitung

Was sich aber zum Teil verändert hat, sind die Rahmenbedingungen:

- Aufgrund des fortschreitenden Alters der Generation der Erststifter wird das Thema des Generationenwechsels zunehmend aktueller. Die Stifter und ihre Familien, vor allem auch die Begünstigten der nächsten Generation, werden sich nun mit diesem Thema beschäftigen müssen, zumal sich in den meisten Stiftungen das Zeitfenster für eine Überarbeitung der Stiftungserklärung über kurz oder lang schließen wird (siehe Punkt 2.).
- Aufgesetzlicher Ebene ist vor allem das mit 1.1.2017 in Kraft getretene ErbRÄG 2015<sup>1</sup> hervorzuheben, das nun erstmals auch die erbrechtlichen Implikationen von Privatstiftungen regelt (siehe Punkt 4.1) und stiftungsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten in Zusammenhang mit der Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen eröffnet.
- Zudem ergingen in den letzten Jahren etliche höchstgerichtliche Entscheidungen, die eine veränderte Sichtweise auf bestimmte Instrumente des Generationenwechsels erfordern. Konkret wird hierzu unter Pkt 4. auf folgende Themen eingegangen: der sogenannte „aufsichtsratsähnliche Beirat“, Substiftungen, das Änderungsrecht des Stiftungsvorstands und Geheimorgane.

- Zu guter Letzt waren die Autoren zwischenzeitig mit einigen (Nachfolge)Causen befasst, die die Praxisnähe der theoretischen Überlegungen gezeigt haben. Diese Erfahrungswerte sollen ebenfalls in dieses Update miteinfließen.

### 2. Der Generationenwechsel in der Privatstiftung

Privatstiftungen eignen sich in besonderer Weise als Instrument der Vermögensweitergabe. Der Großteil der seit 1993 gegründeten Privatstiftungen hat daher (auch) das Ziel das vorhandene Vermögen langfristig und über mehrere Generationen hinweg zusammenzuhalten und abzusichern. Die Privatstiftung hat sich dabei als Instrument der Nachfolgeplanung in den letzten Jahren durchaus bewährt. Bei vielen Unternehmensweitergaben in den letzten 25 Jahren wäre ohne die Einbindung von Privatstiftungen eine Aufspaltung des Unternehmens nicht zu verhindern gewesen. Zudem hat die Privatstiftung in Konflikten als Puffer zwischen Familie und Unternehmen in vielen – auch prominent in der Rechtsprechung abgebildeten – Fällen den langfristigen Schutz von Unternehmen und damit auch Arbeitsplätzen sichergestellt.

Die Privatstiftung ist daher aus Sicht der Autoren nach wie vor das beste Instrument, um Vermögen langfristig und generationenübergreifend – auch oder gerade im Fall von Konflikten – zusammenzuhalten. Um

---

1 Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, BGBl I Nr 87/2015.



diese langfristige Vermögenserhaltung zu gewährleisten, bedarf es sowohl bei der Gründung einer Privatstiftung als auch im Rahmen einer laufenden Anpassung an geänderte gesetzliche oder persönliche Rahmenbedingungen einer gründlichen Beratung und laufenden Auseinandersetzung mit der Privatstiftung und ihrer Organisationsstruktur durch die Stifter, die Nachfolgegeneration und die Stiftungsvorstände. Ein besonderer Beratungsbedarf besteht hinsichtlich der Gestaltung der Privatstiftung für die Zeit nach dem Ableben der (Erst)Stifter. Die Praxis zeigt, dass die Konfliktfälle zunehmen: sowohl zwischen Begünstigten der nächsten Generation und dem Stiftungsvorstand als auch zwischen Begünstigten unterschiedlicher Familienstämme.

Denn mit dem Ableben der Generation der Erststifter kommt es je nach Ausgestaltung der Stiftungserklärung zu mehr oder weniger einschneidenden Veränderungen in der Privatstiftung. Zunächst sind hier zwei unterschiedliche Szenarien zu unterscheiden: Sind nach dem Ableben des Erststifters noch weitere Mitstifter – im Idealfall eine juristische Person als „ewiger Stifter“<sup>2</sup> – vorhanden, bleibt die Stiftung in den meisten Fällen aufgrund von vorbehaltenen Stifterrechten, wie etwa einem Änderungs- und/oder Widerrufsrecht,<sup>3</sup> flexibel. Rund ein Zehntel der Stifter sind laut einer empirischen Erhebung juristische Personen.<sup>4</sup> Allerdings sind in diesem Fall Änderungs- und/oder Widerrufsrechte oft an bestimmte Mehrheitserfordernisse, manchmal sogar Einstimmigkeit gebunden.

In Konstellationen, in denen nach dem Tod der Erststifter keine weiteren Stifter mehr vorhanden sind, gehen die höchstpersönlichen Stifterrechte hingegen unter. Denn nach § 3 Abs 3 PSG gehen die Rechte des Stifters, die Privatstiftung zu gestalten,<sup>5</sup> nicht auf die Rechtsnachfolger über. Dies gilt sowohl für eine Übertragung unter Lebenden als auch für eine solche von Todes wegen.<sup>6</sup> Hier gilt es, die Stiftungserklärung bereits zu Lebzeiten der änderungsberechtigten Stifter im Hinblick auf die Nachfolgegeneration und deren Rechte anzupassen.<sup>7</sup> Umso überraschender ist das Ergebnis einer empirischen Untersuchung, wonach bei 58% der dort untersuchten Privatstiftungen bislang keine Änderung vorgenommen wurde.<sup>8</sup>

Neben dieser rechtlichen Komponente des Übergangs der Gestaltungsrechte bringt der Wechsel von der Generation der Erststifter hin zur Nachfolgegeneration in vielen Stiftungen auch eine faktische Veränderung mit sich:

Die Ausgangslage für die Stiftergeneration war vielfach, dass sie das von ihr selbst aufgebaute Unternehmen oder erarbeitete Vermögen in die Privatstiftung eingebracht hat. Als Verwalter des Vermögens bestellten die Stifter der ersten Generation ihnen nahestehende Personen in den Stiftungsvorstand. Trotz Übertragung des Eigentums an die Privatstiftung blieb eine gewisse Nahebeziehung sowohl zum Vermögen als auch zu den dieses Vermögen verwaltenden Personen. Für die Nachfolgegeneration gilt dies mitunter nicht gleichermaßen. In der Regel war sie am Aufbau des Vermögens weder beteiligt noch stehen ihr die von der Stiftergeneration zu Mitgliedern des Stiftungsvorstands berufenen Personen nahe. Weiters erfolgt in vielen Fällen zu Lebzeiten der Erststifter keine Auseinandersetzung der Nachfolgegeneration mit dem Rechtsträger Privatstiftung. Dies weil ihr zu Lebzeiten der Erststifter in der Regel (noch) keine Mitwirkungsrechte zukommen und weiters eine Einbeziehung der Nachfolgegeneration von den Erststiftern nicht gewünscht ist. Dies führt oft dazu, dass die Nachfolgegeneration sich mit der Privatstiftung nicht identifiziert, ja in vielen Fällen sogar zur Ablehnung der Privatstiftung und des Stiftungsvorstands.

Dieses „Identifikationsproblem“ mit dem Rechtsträger Privatstiftung gilt es bei der generationenübergreifenden Gestaltung von Stiftungserklärungen besonders zu beachten und zu überwinden. Im Idealfall gestaltet man die Privatstiftung so, dass auch die nächste Generation schon zu Lebzeiten der Stiftergeneration ihren Platz in der Privatstiftung findet. Die Bedeutung der entsprechenden Ausgestaltung der Stiftungserklärung nach den individuellen Bedürfnissen und Wünschen der Stifter – und im Idealfall auch bereits der Nachfolgegenerationen – kann gar nicht oft genug betont werden. Sie ist der Schlüssel für einen erfolgreichen Generationenwechsel und ein konfliktfreies Bestehen der Privatstiftung über mehrere Generationen hinweg.

2 Vgl hierzu *Arnold N.*, Privatstiftungsgesetz<sup>3</sup>, Kommentar (2013), § 3 Rz 42; *Torggler*, Personengesellschaft und Privatstiftung, in *Bernat/Böhler/Weilinger* (Hrsg), *Festschrift* für Heinz Krejci Band I (2001), 927 ff.

3 §§ 33 und 34 Privatstiftungsgesetz, BGBl 1993/694 idGF; im Folgenden PSG.

4 Vgl *Kalss/Bertleff/Lutz/Samonigg/Tucek*, Empirische Zahlen nach 20 Jahren Privatstiftungsgesetz, in *Kalss* (Hrsg) *Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts* (2014), 22.

5 Unter Gestaltungsrechten werden die Rechte auf Ausgestaltung der Stiftungserklärung, auf Änderung und Widerruf der Privatstiftung verstanden.

6 Siehe *Arnold N.*, Privatstiftungsgesetz<sup>3</sup>, Kommentar (2013), § 3 Rz 43; *Kalss*, in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz, Kommentar, Wien (1995), § 3 Rz 20.

7 Vgl hierzu *Müller*, Praktische Fragen und Gestaltungsüberlegungen zur Privatstiftung, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*<sup>2</sup> (2018), 992 ff.

8 Vgl *Kalss/Bertleff/Lutz/Samonigg/Tucek*, Empirische Zahlen nach 20 Jahren Privatstiftungsgesetz, in *Kalss* (Hrsg) *Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts* (2014), 19.

### 3. Die generationenübergreifende Gestaltung von Stiftungserklärungen

#### 3.1 Grundsätzliches zur Gestaltung von Stiftungserklärungen

Bevor auf spezifische Fragen einer generationenübergreifenden Gestaltung von Stiftungserklärungen eingegangen wird, werden einige grundsätzliche Überlegungen zur Überarbeitung von Stiftungserklärungen angestellt:

Das Privatstiftungsgesetz ist ein liberales Gesetz mit relativ geringer Regelungsdichte und nur wenigen zwingenden Bestimmungen. Einige Regelungsgegenstände sucht man im Gesetz überhaupt vergeblich; so fehlen etwa Regelungen über die Beschlussanfechtung oder über die Wechselwirkungen zwischen Erb-, Familien- und Gläubigerschutzrecht<sup>9</sup> einerseits und Privatstiftungsrecht andererseits. Andere sind hingegen nur äußerst rudimentär geregelt: So kommt zwar beispielsweise der Begriff des Begünstigten an mehreren Stellen im Gesetz vor, eine Begriffsdefinition sucht man allerdings vergeblich.

Für den Kautelarjuristen birgt dies Vor- und Nachteile: Der Vorteil liegt sicher darin, dass es die Möglichkeit eröffnet, die Liberalität des Gesetzes zu nutzen und maßgeschneiderte Lösungen zu erarbeiten. Der Nachteil ist freilich, dass bei Nichtregelung kein vollständiges gesetzliches „Auffangnetz“ an Normen zur Verfügung steht. Der nicht in der Stiftungserklärung formulierte Regelungsgegenstand bleibt vielmehr ungeregt. Erschwerend kommt hinzu, dass der Gesetzestext zum Teil nach dem Wortlaut zwar Regelungsliberalität vermittelt, tatsächlich aber aufgrund der oft restriktiven Rechtsprechung des OGH nur in engen Grenzen verstanden und angewendet werden darf. Prominent ist hier etwa die Judikatur zum aufsichtsratsähnlichen Beirat anzuführen.

Auf Ebene der Stiftungserklärung gilt es zudem stets das richtige Mittelmaß zwischen konkreten Regelungen und flexiblen Handlungsanleitungen zu finden. Eine im hohen Maß konkretisierte Stiftungserklärung mit hoher Regelungsdichte bietet zwar eine klare Handlungsanleitung für den Stiftungsvorstand und kann daher auch haftungsrechtliche Risiken minimieren, sie geht aber naturgemäß zu Lasten einer für die Verwaltung eines über Jahrzehnte hin angelegten Rechtsträgers unbedingt notwendigen Flexibilität. An-

dererseits erhöhen allgemein gehaltene Formulierungen in der Stiftungserklärung zwar die Flexibilität, bieten aber weniger konkrete Handlungsanleitungen für den Stiftungsvorstand und vergrößern somit seinen Ermessensspielraum. Damit entsteht freilich auch Raum für Konflikte über die Ausübung dieses Ermessens.

#### 3.2 Erfolgsfaktoren für den Generationenwechsel

Die Erfolgsfaktoren, die im ursprünglichen Beitrag zu diesem Thema beschrieben wurden, haben nach wie vor Gültigkeit. Im Folgenden werden diese daher nur in aller Kürze angeführt und wird im Detail auf diesen Beitrag verwiesen:

- **Ausgleich des strukturellen Kontrolldefizits durch Einräumung von Begünstigtenrechten:**

Die Rechtsprechung zum aufsichtsratsähnlichen Beirat (siehe sogleich unten Pkt 4.2) ermöglicht die Mitbestimmung und (präventive) Kontrolltätigkeit von Begünstigten in der Privatstiftung derzeit nur sehr einschränkend.<sup>10</sup> Gerade deswegen gilt es, die verbleibenden Möglichkeiten – in den Grenzen der Rechtsprechung – auszunutzen. Denn die Einbeziehung der Begünstigten ist für einen gelungenen Generationenwechsel besonders wichtig. Sie schafft nämlich Identifikation mit dem Nachfolgeinstrument Privatstiftung und dadurch auch Akzeptanz, was wiederum konfliktvermeidend wirkt.

- **Konfliktlösungs- und Konfliktvermeidungsinstrumente:**

Jedenfalls gilt es vor allem bei Stiftungen, in denen die Begünstigten in mehrere Familienstämme unterteilt sind, zu vermeiden, dass es zu Streitigkeiten oder Konflikten zwischen den verschiedenen Begünstigtenstämmen kommt. Solche Streitigkeiten bergen nämlich auch stets die Gefahr einer Pattsituation bei der Ausübung der Stifterrechte und/oder Mitbestimmungsrechte.

Als wirksamstes Instrument der Konfliktvermeidung ist die ordentliche Formulierung der Stiftungserklärung zu nennen. Insbesondere bei den Regelungsgegenständen, Zuwendungen und Veranlagung des Stiftungsvermögens sollten hier entsprechend klare Vorgaben gemacht werden, die keinen Streit aufgrund verschiedener Interpretationen zulassen.

<sup>9</sup> Vgl hierzu nur die Zuwendungssperre des § 17 Ab 2 zweiter Satz PSG.

<sup>10</sup> Zu den Auswirkungen auf die Kontrollstruktur der Privatstiftung siehe weiterführend Siehe dazu weiterführend Müller/Melzer,

Die rechtlichfreundliche Auslegung von Begünstigtenrechten als Beitrag zur Überwindung des Kontrolldefizits in der Privatstiftung?, JEV 2015, 4ff.



Auf ein weiteres Instrument bei drohenden oder gar schon ausgebrochenen Konflikten, namentlich Substitutionsen, wird sogleich unten zu Pkt. 4.3 eingegangen.

Schließlich ist zu überlegen, ob Schiedsklauseln in die Stiftungserklärung mit aufgenommen werden oder aber sogar noch eine Stufe davor interne Konfliktlösungsregeln, etwa aus einer Familienverfassung.<sup>11</sup>

#### • Vergütung und Auswahl des Stiftungsvorstands

Ganz wesentlich für das Funktionieren der Privatstiftung generell und im Speziellen für das Gelingen des Generationenwechsels ist schließlich ein ordentlich, umsichtig und motiviert arbeitender Stiftungsvorstand. Neben der sorgfältigen Auswahl der Personen kann dies uE nur über eine angemessene Vergütung gefördert werden. Zu überlegen ist in bestimmten Privatstiftungen auch, ob nicht ein erfolgsabhängiger Vergütungsbestandteil den Stiftungsvorstand zu besserer Leistung motiviert.

#### 4. Aktueller Anpassungsbedarf

Vorab sei darauf hingewiesen, dass uE die laufende Wartung und Pflege der Stiftungserklärung gerade für die Privatstiftung und den erfolgreichen Generationenwechsel ein ganz wesentlicher Erfolgsfaktor ist. Die kontinuierliche Überprüfung der Stiftungserklärung auf Übereinstimmung mit der Rechtsprechung, aber auch den Wünschen sowie der persönlichen Lebenssituation des Stifters und seiner Familie ist zwingend notwendig, wenn die Stiftung mit dem Tod der ersten Stiftergeneration infolge des Erlöschens der Änderungsrechte zu versteinern droht. Sowohl den Stiftern als auch den Stiftungsvorständen ist daher die laufende Beschäftigung mit der Privatstiftung und der einschlägigen Rechtsprechung anzuraten.

Im Folgenden wird der aktuelle Anpassungsbedarf für die generationenübergreifende Gestaltung von Stiftungserklärungen aufgrund von Gesetzesänderungen und höchstgerichtlicher Judikatur kurz dargestellt:

#### 4.1 ErbRÄG 2015 – Privatstiftung und Pflichtteilsrecht

Die wohl wichtigste Änderung für die generationenübergreifende Gestaltung von Stiftungserklärungen ergab sich durch das am 1.1.2017 in Kraft getretene ErbRÄG 2015. Im Rahmen der Neuregelung der pflichtteilsrechtlichen Schenkungsanrechnung in den §§ 781–792 ABGB hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, erstmals auch stiftungsrechtliche Komponenten im Erbrecht ausdrücklich zu regeln. Die Bezugspunkte zwischen Pflichtteilsrecht und Privatstiftungsrecht können hierbei wie folgt kategorisiert werden:

- Pflichtteilsdeckung durch Einräumung einer Rechtsstellung in der Privatstiftung, nämlich eine Begünstigtenstellung, Letztbegünstigtenstellung und/oder Stifterstellung (§ 780 ABGB);
- Vermögenswidmung an eine Privatstiftung und Schenkungsanrechnung (§ 781 Abs 2 Z 4 ABGB);
- Einräumung einer Rechtsstellung in der Privatstiftung (Begünstigtenstellung/Letztbegünstigtenstellung/Stifterstellung) und Schenkungsanrechnung (§ 781 Abs 2 Z 5 ABGB);

Die soeben genannten Aspekte des neuen Erbrechts wurden bereits in erheblichem Ausmaß literarisch behandelt.<sup>12</sup> Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf einen entscheidenden Punkt bei der künftigen Gestaltung von Privatstiftungen als Vermögensnachfolgeinstrument: die Bewertbarkeit der eingeräumten Rechtsstellung am Beispiel der Begünstigtenstellung.<sup>13</sup>

Das Gesetz gibt keine Auskunft darüber, nach welchen Grundsätzen die Einräumung einer Begünstigtenstellung pflichtteilsrechtlich zu bewerten ist. Nach den Materialien *ist insbesondere zu berücksichtigen, ob dem Begünstigten Einfluss auf Stiftungsorgane (zB durch Bestellungs- und Abberufungskompetenzen) und Ausschüttungsentscheidungen zukommt, welche Erträge zu erwarten sind und welchen Einfluss der Begünstigte auf die Ausschüttung hat.*<sup>14</sup> In die Bewertung fließt somit einerseits eine

11 Siehe zuletzt Müller/Melzer, Schiedsfähigkeit stiftungsrechtlicher Konflikte, in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg) Handbuch Schiedsrecht (2018) 739ff.

12 Vgl zuletzt umfassend Klampff, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht (Wien 2018); weiters etwa Umlauf, Die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht<sup>2</sup> (2018) 149 ff; Arnold, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – Änderungen durch das ErbRÄG 2015 und die EU-ErbVO, GesRZ 2015, 346 ff; Klampff, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015 – der „neue“ Rechtsrahmen zur Berücksichtigung stiftungsnaher Transaktionen, JEV 2015, 120 ff; Müller/Melzer, Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht, in Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Erbrecht NEU (2015) 73 ff; Müller/Melzer,

Pflichtteilsrecht und Letztbegünstigtenstellung, JEV 2017, 5 ff; Oberndorfer/Zobl, Stiftungsrechtliche Highlights des ErbRÄG 2015, ZfS 2016, 3 ff; Schauer, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch Erbrecht (2016) 193 ff; Zollner/Pitscheider, Pflichtteilsrechtliche Aspekte einer Begünstigtenstellung – Eine erste Einschätzung der Änderungen durch das ErbRÄG 2015, ZfS 2016, 8 ff; Zorn, Zum Pflichtteilsergänzungsanspruch bei Vermögensübertragungen auf eine Privatstiftung, RdW 2016, 284 ff.

13 Siehe dazu bereits Müller/Melzer, Pflichtteilsrecht und Letztbegünstigtenstellung, JEV 2017, 4 ff.

14 ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP zu § 781 Abs 2, 33.

Prognose der zu erwartenden Ausschüttungen (und damit eine Bewertung des Stiftungsvermögens sowie eine Prognose zu dessen Wertentwicklung) ein;<sup>15</sup> andererseits sind die Einflussmöglichkeiten des Begünstigten zu berücksichtigen. Je wahrscheinlicher und je umfangreicher die zu erwartenden Zuwendungen sind, desto höher ist die Begünstigtenstellung zu bewerten; je unwahrscheinlicher künftige Ausschüttungen, desto geringer ist der Wert der Begünstigtenstellung.<sup>16</sup> Auch die Möglichkeit, die Begünstigtenstellung weiterzugeben, fließt in die Bewertung ein. Da das PSG weder den Begriff des Begünstigten definiert, noch Vorgaben zur Ausgestaltung von Zuwendungsregelungen macht, verbleibt hier ein großes Maß an Regelungsfreiheit.

Je nach Gestaltungsauftrag können sich hierbei miteinander diametral entgegengesetzte Regelungsinteressen ergeben:

- **Pflichtteilsdeckung durch Begünstigtenstellung**  
Soll die Begünstigtenstellung der Abdeckung von Pflichtteilsansprüchen dienen, ist eine möglichst klare Bewertbarkeit anzustreben, um künftigen Streitigkeiten bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüchen vorzubeugen. Der Klagbarkeit des Zuwendungsanspruches wird dabei eine wichtige Rolle zukommen. Denn neben der Prognosebewertung, ob die Privatstiftung auf Dauer in der Lage sein wird, die vorgesehenen Zuwendungen zu erfüllen, ist die Durchsetzbarkeit des Anspruches entscheidend für die Bewertung der Rechtsstellung.

Daher sei jedem Stifter, der Pflichtteile über eine Begünstigtenstellung erfüllen möchte, geraten, zumindest darüber nachzudenken, klagbare Ansprüche für diese Begünstigten in der Stiftungserklärung vorzusehen. Die Konsequenz daraus ist, dass bei Streitigkeiten über Zuwendungen das Gericht zur Entscheidung, etwa über Auslegungsfragen der Stiftungserklärung, angerufen werden kann. Damit kann der Konflikt weg von der Stiftungsebene auf eine objektive gerichtliche Ebene verlagert werden; dies kann durchaus positiv sein und Druck aus der Privatstiftung selbst nehmen. UE scheuen sich viele Stifter zu Unrecht, klagbare Ansprüche der Begünstigten in die Stiftungserklärung aufzunehmen. Ein häufiges Argument, dass nämlich Gläubiger der Begünstigten keine Möglichkeit haben sollen, Ansprüche gegen die Privatstiftung zu pfänden, überzeugt dabei nicht. Für die Stiftung selbst macht die Pfändung eines klagbaren Anspruchs gegen sie keinen

Unterschied; für den Begünstigten stellt die Zuwendung, sobald sie ihm zukommt, ohnehin ein zugunsten der Gläubiger verwertbares Vermögen dar. Dieses Argument wiegt daher uE weniger als das Argument der objektivierbaren und gesicherten Bewertbarkeit des Zuwendungsanspruches zur Pflichtteilsdeckung. Denn Streit um den Pflichtteil stellt für die Stiftung das weit höhere Risikopotential dar.

- **Vermeidung eines Pflichtteilsergänzungsanspruches gegen den Begünstigten**

Es sind aber auch Konstellationen denkbar, in denen die Pflichtteilsansprüche von einigen Nachkommen durch Vermögen außerhalb der Privatstiftung erfüllt werden sollen, während anderen Pflichtteilsberechtigten eine (qualifizierte) Rechtsstellung in der Privatstiftung eingeräumt wird. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn einer von mehreren Nachkommen besonderen Einfluss auf ein in die Privatstiftung eingebrachtes Unternehmen haben soll. Die Wunschvorstellung der Erststifter ist hierbei in der Regel, dass der Unternehmensnachfolger über eine entsprechend ausgestaltete Begünstigtenstellung das wirtschaftliche Risiko der Unternehmensentwicklung mittelbar tragen (etwa durch eine an die Erträge der Privatstiftung gekoppelte prozentuelle Zuwendung), dafür aber auch keinen Pflichtteilsergänzungsansprüchen der „weichenden Erben“ ausgesetzt sein soll.

Neben dem Aspekt des „Vermögensopfers“ auf Stifterebene (der Erststifter muss in diesem Fall seine Rechte aufgeben, damit nicht das gesamte Vermögen im Zuge der Ermittlung der Pflichtteilsansprüche als Bemessungsgrundlage für alle Pflichtteilsansprüche einzubeziehen ist<sup>17</sup>) gilt es in solchen Fallkonstellationen zu beachten, dass die Ausgestaltung der Begünstigtenstellung eine entsprechend niedrigere Bewertung rechtfertigt (indem sie in diesem Fall etwa nicht klagbar ausgestaltet wird) und gleichzeitig das gewünschte Maß an Einfluss gewährleistet (etwa über die Einflussnahme auf die Vorstandsbestellung).

#### 4.2 Rechtsprechung zum aufsichtsratsähnlichen Beirat

Die in der Praxis gängige Vorgehensweise, den Begünstigten über die Mitgliedschaft in einem Stiftungsbeirat die Möglichkeit der Einflussnahme und Kontrolle des

15 Vgl. Hügel/Aschauer in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch Erbrecht 263, 269.

16 Vgl. Schauer in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch Erbrecht 205.

17 Vgl. Umlauf, Anrechnung<sup>2</sup> (2018) 158 ff.; Arnold, GesRZ 2015, 347; Klampff, JEV 2015, 124 ff.; Müller/Melzer, in Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Erbrecht NEU (2015) 73 ff.; Oberndorfer/

Zobl, ZFS 2016, 4 f.; Schauer, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch Erbrecht (2016) 219 f.; Zorn, RdW 2016, 285; Schauer, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 251 ff.; vgl. auch OGH vom 5.6.2007, 10 Ob 45/07a; zuletzt 22.3.2018, 2 Ob 98/17a; ErlRV 688 BlgNR 25. GP zu § 782 ABGB.



Stiftungsgeschehens zu eröffnen, wurde durch die Judikaturlinie zum sogenannten „aufsichtsratsähnlichen Beirat“ empfindlich eingeschränkt.<sup>18</sup> Auch nach der Novellierung des PSG im Rahmen des BBG 2011, hielt der OGH, etwa in seiner Entscheidung vom 9.9.2013, 6 Ob 139/13d,<sup>19</sup> an seiner Auffassung fest, dass § 23 Abs 2 Satz 2 PSG, wonach Begünstigte oder deren Angehörige (bzw Beauftragte dieser Personen) nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen dürfen, auf einen aufsichtsratsähnlichen Stiftungsbeirat analog anzuwenden ist.

Dadurch ist dem Konzept einer internen und präventiven Kontrolle der Privatstiftung der Boden entzogen. Die Autoren haben sich bereits an anderer Stelle im Detail damit auseinandergesetzt, welche negativen Auswirkungen diese Rechtsprechungslinie auf die Kontrolle der Privatstiftung hat.<sup>20</sup> Bis zu einer allfälligen Besserung dieser Situation durch eine Novelle des PSG, bleibt dem Urkundenverfasser daher nur die Möglichkeit, die Kontroll- und Mitbestimmungsrechte der Begünstigten im Rahmen dieser Rechtsprechung bestmöglich zu gestalten.

In diesem Zusammenhang ist besonders auf eine jüngere Entscheidung des OGH<sup>21</sup> hinzuweisen, in der sich der OGH mit einer Klausel in der Stiftungsurkunde auseinandersetzt, die einer allfälligen zukünftigen Änderung des Gesetzes oder der Judikatur Rechnung tragen sollte. Dabei sprach der OGH folgendes aus:

*„Nicht zu beanstanden ist auch die Aufnahme einer Regelung in die Stiftungsurkunde, die ausdrücklich der Möglichkeit einer künftigen Änderung des Gesetzes oder der Rechtsprechung Rechnung trägt. Entgegen der Rechtsansicht der Vorinstanzen ist dies zweifellos im Sinne einer Änderung der einschlägigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu verstehen. Es kann dem Stifter nicht verwehrt werden, bei Gestaltungsentscheidungen, die Jahrzehnte lang wirken können, auch für den Fall einer Änderung des Gesetzes oder der Rechtsprechung Vorsorge zu treffen.“*

*Dass künftigen Änderungen des Gesetzes oder der Rechtsprechung allenfalls auch durch ein Änderungsrecht des Stiftungsvorstands nach § 33 Abs 2 PSG Rechnung getragen werden könnte, steht dem nicht entgegen, zumal das Änderungsrecht des Stiftungsvorstands in Vergleich zur Änderung der Stiftungsurkunde durch den Stifter im Rahmen eines vorbehaltenen Änderungsrechts eingeschränkteren Voraussetzungen unterliegt (vgl dazu 6 Ob 198/13f).“*

Für den Urkundengestalter eröffnet sich dadurch die Möglichkeit, zukunftsbezogene und flexible Klauseln vorzusehen. Gerade bei Stiftungen, die mangels Perpetuierung des Änderungsrechts auf die nächste Generation von einer Versteinerung bedroht sind, sind solche Klauseln zu empfehlen. Von den Regelungsgegenständen her eignen sich solche Klauseln vor allem für die Rechte des Begünstigtenbeirates. Weiters könnte man beispielsweise auch – freilich nur für den Fall einer Judikatur- oder Gesetzesänderung – eine kürzere als die derzeit geforderte Mindestfunktionsperiode für den Stiftungsvorstand von drei Jahren vorsehen.

### 4.3 Rechtsprechung zu Substiftungen

Die Errichtung von Substiftungen ist grundsätzlich ein geeignetes Instrument, um eine Entflechtung von Stiftungsvermögen zu erreichen. Dies kann vor allem bei Privatstiftungen hilfreich sein, in denen es bereits Streitigkeiten zwischen Begünstigten(stämmen) gibt oder solche zumindest absehbar sind. Diese Streitigkeiten treten oftmals erst im Zuge des Generationenwechsels zwischen den verschiedenen Begünstigtenstämmen der Nachfolgeneration auf.

Zwei jüngere Entscheidungen des OGH zu Substiftungen haben nun eine gewisse Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit diesem Konfliktlösungsinstrument erzeugt:

Gegenstand der ersten (restriktiven) Entscheidung<sup>22</sup> war die Eintragung einer Änderung der Stiftungsurkunde im Firmenbuch. Der änderungsberechtigte Stifter hatte die Stiftungserklärung dahingehend geändert, dass das Stiftungsvermögen auf Wunsch des Stifters oder nach dessen Ableben auf gemeinsamen Wunsch seiner beiden Töchter (die nicht Mitstifter sind) auf eine Substiftung übertragen wird. Die Substiftung soll von der Privatstiftung und dem Stifter und/oder dessen Töchtern errichtet und nach den Wünschen des Stifters bzw der Töchter gestaltet werden. Wenige Tage nach der Änderung der Stiftungserklärung und noch vor deren Eintragung im Firmenbuch und vor Errichtung der Substiftung ist der Stifter verstorben. Der OGH lehnte die Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde ab und hielt folgendes fest:

- Der Stiftungsvorstand ist bei der Errichtung einer Substiftung an den ursprünglichen Stiftungszweck gebunden; der Stiftungszweck muss daher kongruent sein.

18 Siehe etwa OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09 h; 9.9.2013, 6 Ob 139/13d.

19 Siehe hierzu insbesondere die ausführliche Entscheidungsbegründung von *Briem*, GesRZ 2014, 63 ff.

20 Siehe dazu weiterführend *Müller/Melzer*, Die rechtlichschutzzfreundliche Auslegung von Begünstigtenrechten als Beitrag zur Überwindung des Kontrolldefizits in der Privatstiftung? JEV 2015, 4 ff.

21 OGH 19.4.2017, 6 Ob 37/17k.

22 OGH vom 21.12.2015, 6 Ob 108/15y.

- Mit- und Nebentiftern dürfen keine Gestaltungsrechte eingeräumt werden, die dem Stiftungszweck der Mutterstiftung widersprechen dürfen.
- Die Änderung der Stiftungsurkunde würde zu einer unzulässigen Perpetuierung der Gestaltungsrechte führen und gegen die Grenzen des subsidiären Änderungsrechts des Stiftungsvorstands verstoßen.

In der Stiftungspraxis sorgte diese Entscheidung für großes Aufsehen, da sie die praktischen Anwendungsmöglichkeiten von Substiftungen stark beschränkt. Doch nur zwei Monate später erging eine wesentlich liberalere Entscheidung iZm Substiftungen:<sup>23</sup>

Gegenstand der zweiten Substiftungsentscheidung war ein Auflösungsbeschluss des Stiftungsvorstands der Hauptstiftung infolge der Errichtung einer Substiftung und (weitgehenden) Übertragung des Vermögens der Hauptstiftung auf die Substiftung. Stifter der Substiftung waren auch der Sohn des Stifters der Hauptstiftung sowie eine Stiftergesellschaft, die beide nicht Stifter der Hauptstiftung waren. Die Stiftungsurkunde der Substiftung sah ein Änderungsrecht zugunsten dieser weiteren Mitstifter vor. Im Unterschied zur ersten Entscheidung hat der Stifter der Hauptstiftung die Errichtung der Substiftung einschließlich deren Stiftungsurkunde und -zusatzurkunde sowie Nachstiftungen nachträglich in der Stiftungsurkunde der Hauptstiftung genehmigt und seinen Willen festgehalten, das Vermögen der Hauptstiftung in größtmöglichem Umfang auf die Substiftung zu übertragen. Nach dem OGH war der Auflösungsbeschluss nicht zu beanstanden. Im Zusammenhang mit der Substiftung traf der OGH folgende wesentliche Aussagen:

- Der wesentliche Unterschied zur ersten Entscheidung sei, dass in dieser der Stifter bereits verstorben war, sodass es durch die Errichtung der Substiftung zu einer Perpetuierung der Gestaltungsrechte bzw zu einer unzulässigen Erweiterung des Änderungsrechts des Stiftungsvorstands gemäß § 33 Abs 2 PSG käme. Im vorliegenden Fall wurde die Änderung des Stiftungszwecks, der nunmehr die Errichtung der Substiftung und die Vermögensübertragung ausdrücklich umfasst, vom lebenden Stifter noch *tatsächlich* im Rahmen des vorbehaltenen Änderungsrechts vorgenommen.
- Da die Errichtung der Substiftung und die Übertragung des Stiftungsvermögens auf diese der geänder-

ten Stiftungsurkunde der Hauptstiftung entspricht, kommt es auf die Kongruenz der ursprünglichen Stiftungszwecks der Hauptstiftung nicht an.

- Im Hinblick auf das umfassende Änderungsrecht ist auch nicht bedenklich, wenn bei der Errichtung der Substiftung weitere Mitstifter beteiligt waren.
- Das Stiftungsvermögen bleibt – wenn auch in modifizierter Form – zweckgebunden. Die Errichtung einer Substiftung bei entsprechender Deckung im Stiftungszweck der Mutterstiftung stellt keine widerrufgleiche Änderung dar.

Für die Stiftungspraxis ergibt sich aus den beiden OGH Entscheidungen folgendes:

Die Errichtung der Substiftung muss im Zweck der Hauptstiftung gedeckt sein, dh

- entweder wird die Zulässigkeit der Errichtung einer Substiftung in der Stiftungserklärung der Hauptstiftung allgemein erwähnt und der Zweck der Substiftung ist mit jenem der Hauptstiftung kongruent; oder
- ein vom Zweck der Hauptstiftung abweichender Zweck der Substiftung wird in der Stiftungserklärung genehmigt.<sup>24</sup>

Keine Zweifel bestehen darüber, dass weitere (natürliche oder juristische) Personen Mitstifter der Substiftung sein können. Jene Personen, die auch Stifter der Hauptstiftung sind, können sich als Mitstifter der Substiftung ein Änderungs- und/oder Widerrufsrecht wie in der Hauptstiftung vorbehalten.

Unklar ist allerdings, inwiefern Gestaltungsrechte von Mitstiftern der Substiftung, die nicht auch Stifter der Hauptstiftung sind, zulässig sind.<sup>25</sup> Denn der OGH hat die Zulässigkeit solcher Gestaltungsrechte in seinen Entscheidungen unterschiedlich beurteilt. Diese unterschiedliche Sichtweise könnte zwar darin gesehen werden, dass der Sachverhalt der ersten Entscheidung außergewöhnlich war und sich nicht auf andere Sachverhalte übertragen lässt.<sup>26</sup> Dennoch ist nicht vorhersehbar, wie der OGH in Zukunft entscheiden wird. Zumal die Substiftungserrichtung in der Regel nur dann ein wirksames Instrument zur Gestaltung des Generationenwechsels ist, wenn der nächsten Generation in der Substiftung auch Gestaltungsrechte eingeräumt werden können, ist hier eine Klarstellung durch den Gesetzgeber dringend erforderlich.

23 OGH vom 23.02.2016, 6 Ob 237/15v.

24 Vgl *Umlauf*, Die beiden ersten OGH-Entscheidungen zur Substiftung und ihre Analyse, NZ 2016, 404 (406 f); *Zentrum für Stiftungsrecht*, Résumé-Protokoll des Fachgesprächs „Aktuelles zum Stiftungsrecht“, GesRZ 2016 270 (273 f); *Hayden*, Privatstiftung 2.0: Substiftungserrichtung aus zivilrechtlicher Sicht, PSR 2016, 174 (178).

25 Vgl *Umlauf*, NZ 2016, 406 f; *Hayden*, PSR 2016, 178; vgl auch *Kalss*, Sorgfaltspflichten des Stiftungsvorstands bei der Errichtung einer Substiftung, in *Schurr/Umlauf*, Festschrift für Bernhard Eccher (2017) 475 (480).

26 Vgl *Hasch/Wolfgruber*, Zur Auflösung einer Privatstiftung, GesRZ 2016, 236 (240).



Dessen ungeachtet gilt es in den Stiftungserklärungen Regelungen aufzunehmen, die die Errichtung von Substiftungen und das dabei einzuhaltende Prozedere klar und umsetzbar regeln.

Eine weniger drastische Maßnahme stellt die Einrichtung von getrennt zu verwaltenden Profit Centern innerhalb der Stiftung dar. Zwar wirkt die Aufteilung des Vermögens innerhalb der Privatstiftung nicht im Außenverhältnis gegenüber Gläubigern der Stiftung. Dennoch ermöglicht auch diese Variante eine getrennte und damit konfliktvermeidende Verwaltung unterschiedlicher Vermögensteile zugunsten einzelner Familienstämme, die allenfalls verschiedene Vorstellungen über die Gestionierung des Stiftungsvermögens umgesetzt sehen möchten. Auch für diesen Fall muss aber schon heute in der Stiftungserklärung möglichst Vorsorge getroffen werden, insbesondere wenn das Änderungsrecht mit dem Ableben der ersten Stiftergeneration untergeht.

#### 4.4 Rechtsprechung zum Änderungsrecht des Stiftungsvorstands

Einen Ausweg für versteinerte Privatstiftungen, deren Stiftungserklärungen also nicht (mehr) geändert werden können, bietet das Änderungsrecht des Stiftungsvorstands gemäß § 33 Abs 2 PSG:<sup>27</sup>

*„Ist eine Änderung wegen Wegfalls eines Stifters, mangels Einigkeit bei mehreren Stiftern oder deswegen nicht möglich, weil Änderungen nicht vorbehalten sind, so kann der Stiftungsvorstand unter Wahrung des Stiftungszwecks Änderungen der Stiftungserklärung zur Anpassung an geänderte Verhältnisse vornehmen. Die Änderung bedarf der Genehmigung des Gerichts.“*

Die gerichtliche Genehmigung gemäß § 33 Abs 2 letzter Satz PSG dient hierbei der Kontrolle der ordnungsgemäßen Ausübung des Änderungsrechts durch den Stiftungsvorstand. Sie soll den in der Stiftungserklärung zum Ausdruck kommenden Stifterwillen vor nachträglicher, unkontrollierter und leichtfertiger Veränderung und Verfälschung und zugleich die Privatstiftung vor dem Zugriff ihrer eigenen Organe schützen.<sup>28</sup> Freilich liegt es aber nicht nur im Interesse der Stifter, die Privatstiftung vor dem Zugriff ihrer eigenen Organe zu schützen, sondern auch ihre Funktionsfähigkeit im Sinne einer gewissen Anpassungsflexibilität zu gewährleisten.

Für die generationenübergreifende Gestaltung von Stiftungserklärungen sind die beiden Einschränkungen des Änderungsrechtes des Stiftungsvorstands einer genaueren Betrachtung zu unterziehen. Zum einen darf der Stiftungsvorstand die Änderung nur *„unter Wahrung des Stiftungszwecks“* vornehmen und zum anderen nur *„zur Anpassung an geänderte Verhältnisse“*.

- Unter Wahrung des Stiftungszwecks:  
Eine direkte Einflussmöglichkeit auf die Reichweite des Änderungsrechtes des Stiftungsvorstands eröffnet sich dem Urkundengestalter daraus, dass der Stiftungsvorstand Änderungen nur unter Wahrung des Stiftungszwecks vornehmen darf. Je präziser der Stiftungszweck daher formuliert ist, desto weniger Spielraum bleibt für das Änderungsrecht des Stiftungsvorstands. Demgegenüber bleibt ein vage formulierter Stiftungszweck eher durch eine Änderung „gewahrt“.
- Zur Anpassung an geänderte Verhältnisse:  
Weiters darf der Stiftungsvorstand Änderungen nur zur Anpassung an geänderte Verhältnisse vornehmen. Der OGH forderte in älteren Entscheidungen noch, dass die geänderten Verhältnisse solche im Sinne der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage sein müssen.<sup>29</sup> In seiner Entscheidung vom 9.10.2014, 6 Ob 198/13f wurde diese restriktiven Auslegung aber ausdrücklich fallen gelassen und die Definition der geänderten Verhältnisse erheblich erweitert. Geänderte Verhältnisse liegen demnach vor, 1.) wenn sich die Verhältnisse dergestalt geändert haben, dass sich der Stifterwille nach der ursprünglichen Stiftungserklärung vernünftigerweise nicht mehr verwirklichen lässt, oder 2.) wenn anzunehmen ist, der Stifter hätte unter geänderten Verhältnissen typischerweise eine andere Regelung getroffen.<sup>30</sup>

Laut OGH muss dabei auf den hypothetischen Stifterwillen abgestellt werden. Wie *Kals*<sup>31</sup> zutreffend ausführt, kann sich der hypothetische Stifterwille nicht direkt durch Auslegung der Stiftungserklärung ergeben. Denn wäre der Wille des Stifters ausdrücklich geregelt oder durch Auslegung ermittelbar, bedürfte es keines Rückgriffes auf den hypothetischen Stifterwillen.

Für den Urkundengestalter eröffnet sich in diesem Zusammenhang daher nur eine indirekte Einflussnahmemöglichkeit: Er kann in der Stiftungs-

27 Siehe dazu zuletzt *Kals*, Wie hat der Stiftungsvorstand bei Änderung der Stiftungserklärung vorzugehen? GesRZ 2018, 165; *Schmidberger/Spitzbart*, Änderung der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand gemäß § 33 Abs 2 PSG, ZFS 2016, 143.

28 RS0129739.

29 OGH 29.4.2004, 6 Ob 7/04d; 8.5.2013, 6 Ob 57/13w.

30 Siehe dazu weiterführend *Kals*, Wie hat der Stiftungsvorstand bei Änderung der Stiftungserklärung vorzugehen? GesRZ 2018, 169 ff.

31 Wie hat der Stiftungsvorstand bei Änderung der Stiftungserklärung vorzugehen? GesRZ 2018, 169.



erklärung zumindest bestimmte Mechanismen für die Ermittlung des hypothetischen Stifterwillens festlegen. In Betracht kommt hier etwa die namentliche Anführung der bei Gründung der Stiftung (oder der letzten Änderung der Stiftungserklärung) tätigen Rechtsberater, die über den ursprünglichen Stifterwillen Auskunft geben können.

#### 4.5 Rechtsprechung zu Geheimorganen

Dringender Anpassungsbedarf besteht schließlich in vielen Stiftungen aufgrund der geänderten Rechtsprechung zu sogenannten Geheimorganen:

Damit einem Beirat Organstellung im Sinne des § 14 Abs 2 PSG zukommt, muss dieser ordnungsgemäß in der Stiftungsurkunde eingerichtet werden. Ist der Beirat hingegen in der Stiftungszusatzurkunde eingerichtet, spricht man von einem sogenannten Geheimorgan. Mangels Organstellung kommen einem solchen Geheimorgan die Rechte und Pflichten, die das PSG einem Organ zuerkennt bzw auferlegt, nicht zu.<sup>32</sup> Zu nennen sind hier insbesondere das Recht, einen Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung gemäß § 31 PSG zu stellen, das Recht auf Vorlage des Prüfungsberichtes des Stiftungsprüfers gemäß § 21 Abs 3 PSG und die Antragslegitimation und Rechtsmittelbefugnis im Verfahren auf Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern gemäß § 27 Abs 2 PSG.

In seiner grundlegenden Entscheidung vom 31. Jänner 2002 führte der OGH<sup>33</sup> zur ordnungsgemäßen Einrichtung eines Beirates aus, dass ein von den Stiftern (nur) in einer Stiftungszusatzurkunde eingerichtetes Gremium (wie etwa der Beirat) jedenfalls dann nicht Organ der Stiftung im Sinn des § 14 Abs 2 PSG sei, wenn die Stiftungsurkunde lediglich den Vorbehalt der Errichtung weiterer Organe enthält und durch gänzlichem Fehlen von Angaben über Organisationsstruktur und Aufgaben dieses Gremiums keinerlei Anhaltspunkt dafür gibt, dass ein Organ zur Wahrung des Stiftungszweckes geschaffen werden soll. Für die ordnungsgemäße Verankerung eines Beirates in der Stiftungsurkunde bedurfte es daher der Nennung oder sonstigen Bezeichnung des Organs, der Festlegung des Aufgabenbereichs, wozu zumindest die grobe Umschreibung der Kompetenzen zählt und ein Mindestmaß an Organisationsstruktur.<sup>34</sup>

In einer jüngeren Entscheidung legte der OGH<sup>35</sup> nun wesentlich striktere Grundsätze für die ordnungs-

gemäße Einrichtung eines Beirates fest. Im Ergebnis sprach der OGH im Widerspruch zu seiner früheren Rechtsprechung aus, dass jede Regelung, die Kompetenzen eines Stiftungsorgans betrifft, zwingend in der Stiftungsurkunde zu regeln ist. Wird eine solche Regelung hingegen in der Stiftungszusatzurkunde getroffen, ist sie unwirksam.

Für den Urkundengestalter bedeutet dies, dass alle Kompetenzen eines Stiftungsorgans in der Stiftungsurkunde zu regeln sind. Würden – im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung – bestimmte Aufgaben eines Beirates hingegen in der Stiftungszusatzurkunde geregelt, sind diese Regelungen in die Stiftungsurkunde zu überführen. Da die Einrichtung eines Beirates als Organ und die Zuordnung entsprechender Kompetenzen oft zentraler Bestandteil der vom Stifter gewünschten Organisationsstruktur und Foundation Governance sind, sollte gerade hier nicht unnötig zugewartet werden. Sind Änderungen durch die Stifter nicht mehr möglich, könnte zwar allenfalls das Änderungsrecht des Stiftungsvorstands gemäß § 33 Abs 2 PSG Abhilfe schaffen (siehe dazu bereits oben Pkt. 4.4.); dennoch sollte die rechtssicherere Variante der sofortigen Umsetzung durch den änderungsberechtigten Stifter der Vorzug gegeben werden, um kein unnötiges Risiko einzugehen. Gerade dem Beirat, oft als Familienbeirat eingerichtet, kommt für den erfolgreichen Generationenwechsel erhebliche Bedeutung zu. Ein funktionierender Beirat ist für die Ausübung von Rechten durch die nächste Generation in der Privatstiftung essentiell.

### 5. Praktische Erfahrungen mit der Privatstiftung im Generationenwechsel

Abschließend soll noch auf einige in der Praxis der Autoren aufgetretene Problemstellungen rund um den Generationenwechsel in der Privatstiftung eingegangen werden.

#### 5.1 Die Rolle der Privatstiftung in der Abwicklung der Verlassenschaft des Stifters

Nach dem Tod des Stifters der ersten Generation befindet sich in der Verlassenschaft oftmals nur noch geringes Vermögen. Gleichzeitig ist aber durchaus denkbar, dass die Verlassenschaft auch private Verbindlichkeiten des Stifters umfasst, die dieser in Hinblick auf seine persönliche Bonität oder auch gegen Übernahme von

32 Siehe *Arnold*, Aufsichtsrat aktuell 5/2005, 25.

33 OGH 31.1.2002, 6 Ob 305/01y.

34 Vgl OGH 12.12.2002, 6 Ob 291/02s; OGH 31.1.2002, 6 Ob 305/01y.

35 Vgl OGH 29.6.2015, 6 Ob 95/15m; siehe dazu auch die ausführliche Besprechung von Briem, *GesRZ* 2015, 333.



Haftungen durch die Privatstiftung eingehen konnte. In dieser Situation kann es entscheidend sein, dem Stiftungsvorstand im Rahmen der Stiftungserklärung die Möglichkeit einzuräumen, Vermögensgegenstände zu veräußern (etwa um den Zugriff von Gläubigern auf andere, nach dem Stifterwillen primär zu erhaltende Vermögensteile durch Zahlung der Verbindlichkeiten zu verhindern) oder auch Vermögen aus der Verlassenschaft zu erwerben, um den Erben liquide Mittel zur Abdeckung von Verbindlichkeiten zur Verfügung zu stellen. Alternativ kann auch vorgesehen werden, dass die Stiftung zu diesem Zweck Zuwendungen gewähren darf. Zwar ist die Verlassenschaft völlig losgelöst vom Stiftungsvermögen abzuwickeln, eine vorausschauende Gestaltung der Stiftungserklärung sollte aber unter Einbeziehung dieser Szenarien erfolgen.

Noch wesentlicher ist dies im Fall von minderjährigen Erben; in diesem Fall sollte durch die Gestaltung der Stiftungserklärung sichergestellt werden, dass die Privatstiftung etwa Unternehmensbeteiligungen aus der Verlassenschaft erwerben darf, um zu verhindern, dass infolge der Einbindung des Pflsgerichts unternehmerische Entscheidungen blockiert werden. Begleitend sind Maßnahmen zur Abdeckung der Pflichtteile zu setzen (siehe dazu oben Pkt 4.1).

## 5.2 Die Rolle des Stiftungsvorstands nach dem Ableben des Stifters

Nach dem Ableben des Stifters ist gerade bei Privatstiftungen, die Unternehmensbeteiligungen halten, der Stiftungsvorstand oftmals der einzige Wissensträger über komplizierte gesellschaftsrechtliche Strukturen und ihre Genese, Finanzierungen, strategische Ziele oder auch den Gesamtzusammenhang einzelner unternehmerischer Entscheidungen bei Unternehmensgruppen. Das macht ihn einerseits nach dem Tod der Erststifter zu einem unverzichtbaren Bindeglied zur nächsten Generation, da nur er sie über diese Fakten umfassend informieren kann. Gleichzeitig wird gerade dadurch oft das Misstrauen der Erben und der Nachfolgeneration dem Stiftungsvorstand gegenüber geschürt. UE kann es durchaus hilfreich sein, den zum Zeitpunkt des Ablebens des Stifters der ersten Generation im Amt befindlichen Stiftungsvorstand durch eine entsprechende Regelung in der Stiftungserklärung noch eine gewisse Zeit lang (beispielsweise drei Jahre ab Ableben des Erststifters) im Amt abzusichern. So kann der notwendige Wissenstransfer erfolgen und eine ordentliche Weiterführung der Privatstiftung, vor allem aber ihrer Beteiligungsgesellschaften, nach dem Tod des Stifters sichergestellt werden.

## 5.3 Die Wahl des Stiftungsvorstands durch die Begünstigten der Nachfolgeneration

Gleichzeitig ist es uE zentral und ein wesentlicher Erfolgsfaktor für den gelungenen Generationenwechsel in der Privatstiftung, dass die Begünstigten der nächsten Generation spätestens nach Ablauf einer oben unter Pkt 5.2 dargestellten Übergangsperiode den Stiftungsvorstand nach ihren Wünschen (und allenfalls entsprechenden Vorgaben der Stiftungserklärung zu Qualifikation oder Eigenschaften des Stiftungsvorstands) wählen können. Dies kann nach einem Stammesprinzip (pro Familienstamm eine bestimmte Anzahl an Stiftungsvorstandsmitgliedern) oder durch gemeinschaftliche Bestellung durch Beschluss aller Begünstigten(stämme) erfolgen. Im ersten Fall besteht das Risiko, dass im Stiftungsvorstand Stellvertreterkriege geführt werden. Im zweiten Fall ist zu bedenken, dass eine Einstimmigkeitsregelung zu den Bestellbeschlüssen zu einer Pattstellung in der Privatstiftung und damit zu einer gerichtlichen Bestellung des Stiftungsvorstands führen kann. Einfache oder qualifizierte Mehrheitserfordernisse für Bestellungsbeschlüsse führen zwar dazu, dass eine Minderheit übergangen werden kann; dabei sollte aber nicht übersehen werden, dass jeder Stiftungsvorstand dem Stiftungszweck verpflichtet ist und damit auch den Interessen aller Begünstigten auf Grundlage der Stiftungserklärung Rechnung tragen muss. Eine Patentlösung gibt es nicht. Die Praxis hat aber gezeigt, dass die Diskussion der verschiedenen Konstellationen mit dem Stifter und der Nachfolgeneration durchaus konstruktive Lösungen bringt, die in der Folge auch von allen Beteiligten getragen werden.

## 5.4 Ausübung des Änderungs- und/oder Widerrufsrechts durch die Nachfolgeneration

Das Änderungs- und/oder Widerrufsrecht der ersten Stiftergeneration kann entweder über eine Stiftergesellschaft (im Fall des Änderungsrechts) oder aber durch Einbeziehung der Nachfolgeneration in den Stifterkreis perpetuiert werden. Soweit, so gut. Die schwierige Gestaltungsfrage ist auch hier, mit welchen Mehrheitserfordernissen die entsprechenden Beschlüsse von der Nachfolgeneration zu fassen sind und wie allenfalls die Minderheit durch inhaltliche Einschränkung des Änderungsrechts vor nachteiligen Änderungen geschützt werden kann.

Die Autoren haben in den letzten Jahren im Rahmen ihrer anwaltlichen Praxis erlebt, wie schwierig es sich bei unterschiedlichen Vorstellungen der einzelnen Familienstämme über die Inhalte der Stiftungserklärung gestalten kann, sinnvolle und notwendige Änderungen rasch umzusetzen. Sehr oft werden notwendige

Änderungen zum Anlass genommen, unterschiedliche Interessen abzutauschen. Dass es dabei zu Konflikten kommt, liegt auf der Hand. Um das zu vermeiden, kann es sinnvoll sein, das Änderungsrecht der Stifter unterschiedlicher Familienstämme, unterschiedlichen Mehrheitserfordernissen zu unterwerfen oder aber den Inhalt des Änderungsrechts unterschiedlich zu regeln. Damit dies möglich ist, muss in der Stiftungsurkunde selbst eine Konkretisierung des Änderungsrechts der nächsten Generation noch durch den Erststifter erfolgen. Auch in diesem Fall empfiehlt sich uE eine offene Diskussion mit der Nachfolgegeneration über Inhalt, Ausübung und Reichweite der Stifterrechte der Nachfolgegeneration.

## 6. Resümee

Wie der vorliegende Beitrag zeigt, haben die schon vor sieben Jahren von den Autoren identifizierten Erfolgsfaktoren für den Generationenwechsel in der Privatstiftung nach wie vor Gültigkeit. Die Erfahrung der letzten Jahre zeigt aber uE zusätzlich die Bedeutung folgender Faktoren:

- Stiftungserklärungen unterliegen vielfältigem Anpassungsbedarf aufgrund gesetzlicher Entwicklungen und vor allem aufgrund der sich rasch weiterentwickelnden Judikatur. Vor allem im Hinblick auf das sich in den meisten Stiftungen schließende Zeitfenster zur Änderung der Stiftungserklärung, ist eine sorgfältige Beobachtung dieser Entwicklungen und regelmäßige Adaption der Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde notwendig. Zu überlegen ist dabei, die von der Judikatur gebilligte Möglichkeit von Klauseln zu nutzen, die einer allfälligen zukünftigen Änderung des Gesetzes oder der Judikatur Rechnung tragen. Teil dieser kontinuierlichen Pflege und Wartung der Stiftungserklärungen sollte auch die regelmäßige offene Diskussion der Regelungen und Zielsetzungen der Stiftungserklärung, insbesondere zur Vermögensverwaltung und den Zuwendungen, mit der Nachfolgegeneration sein.
- Das Szenario des Ablebens des Stifters sollte bewusst und verantwortungsvoll durchgedacht werden. Insbesondere muss die Rolle der Privatstiftung bei Abwicklung der Verlassenschaft des Stifters festgelegt und durch entsprechende Regelungen in der Stiftungserklärung abgesichert werden. In diesem Zusammenhang kann es auch sinnvoll sein, Regelungen für eine Übergangsperiode in der Privatstiftung nach dem Ableben des Stifters in der Stiftungserklärung vorzusehen, um der Nachfolgegeneration ein Hineinwachsen in ihre aktive Rolle in der Privatstiftung zu ermöglichen.
- Die Gestaltungsmöglichkeiten des neuen Erbrechts in Zusammenhang mit der Abdeckung von Pflichtteilsansprüchen durch Einräumung einer (qualifizierten) Begünstigtenstellung sollten genutzt werden. Der konkreten und wohl durchdachten, differenzierten Gestaltung der Begünstigtenposition, insbesondere was die damit verbundenen Zuwendungen betrifft, kommt dabei entscheidende Bedeutung zu. Das Dogma der „nicht“ klagbaren Zuwendungen sollte kritisch hinterfragt werden. Eines darf dabei nicht übersehen werden: die größte Gefahr für die Privatstiftung in Zusammenhang mit dem Generationenwechsel stellen die Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten dar.
- Die konkrete Ausgestaltung der allenfalls bestehenden Gestaltungsrechte der nächsten Begünstigtengeneration ist in Hinblick auf die Vermeidung möglicher Pattsituationen und Konflikte zwischen Begünstigtenstämmen zu wählen und sollte überdies ebenfalls im Rahmen einer offenen Diskussion mit der Nachfolgegeneration erfolgen. Der Schutz von Minderheiten darf dabei nicht übersehen werden.
- Abschließend zeigt die bisherige Praxis der Autoren: die Einbindung der Nachfolgegeneration in die Gestaltung der Stiftungserklärung und die offene Diskussion verschiedener Szenarien stellt die Weichen für einen gelungenen und reibungslosen Generationenwechsel in der Privatstiftung und ist daher der zentrale Erfolgsfaktor für die Privatstiftung als Instrument der Vermögensweitergabe.