

Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M.  
Wirtschaftsuniversität Wien

Univ.-Lektor RA Dr. Stephan Probst  
Partner der NEUDORFER Rechtsanwälte

# Leitung und Kontrolle eines Familienunternehmens durch eine Privatstiftung

1. LEITUNG UND KONTROLLE DER PRIVATSTIFTUNG
2. VERSCHIEDENE TYPEN VON FAMILIENSTIFTUNGEN
3. FAMILIENGEFÜHRTE STIFTUNGEN NACH DEM ABLEBEN DES STIFTERS
4. VERSTEINERUNG DER STIFTUNG
5. DIE VERWAISTE STIFTUNG
6. ZUSAMMENFASSUNG

## 1. LEITUNG UND KONTROLLE DER PRIVATSTIFTUNG

Die Privatstiftung wird gem § 17 PSG vom Vorstand geleitet. Die Kontrolle der Privatstiftung muss drei gesetzlich-konzeptionell vorgegebene Herausforderungen bewältigen, nämlich

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

Der Stiftungsvorstand leitet die Privatstiftung und verwaltet ihr Vermögen. Da Anteilseigner – anders als bei einer Gesellschaft – fehlen, unterliegt die Privatstiftung ohne entsprechende satzungsmäßige Gestaltung dem strukturbedingten Dilemma eines möglichen Kontrolldefizits.<sup>1)</sup> Die Judikatur hat nun bereits mehrfach das Fehlen laufender Kontrollen angesprochen. Bei der Bewältigung dieses Defizits zeigt sich die Rechtsprechung aber äußerst restriktiv und widersprüchlich.

Das PSG ist nach dem Konzept des Gesetzgebers 1993 so ausgestaltet, dass Begünstigten von Gesetzes wegen nur ganz bestimmte, explizit umschriebene Rechte zukommen sollen und dass Begünstigte von maßgeblichen Entscheidungs- und Kontrollfunktionen der Privatstiftung ausgeschlossen sind. Zu nennen sind die Inkompatibilitätsregelung gem § 15 Abs 2 PSG gegenüber Interessenvertretern von Begünstigten gem § 15 Abs 3a PSG sowie die Beschränkung gem § 23 PSG für den Aufsichtsrat und schließlich die Einschränkung der Begünstigtenrechte für sonstige Organe gem § 14 Abs 4 PSG.

Trotz des offensichtlichen Kontrolldefizits räumt die Judikatur nur punktuell Begünstigtenrechte ein, was sich etwa beim Auskunftsrecht oder beim Recht auf Abberufung eines Stiftungsvorstands zeigt. Allein damit läßt sich das Kontrolldefizit aber in keiner Weise bewältigen.

Die Judikate des OGH bieten keine Erklärung dafür, warum die vom Stifter selbst eingeräumten Kontrollrechte für Begünstigte unzu-

1) OGH 6 Ob 157/12z; OGH 6 Ob 195/10k; OGH 6 Ob 244/11t.

lässig, hingegen die Kontrollausübung über gerichtliche Verfahren zulässig sein soll. Die Judikatur verhindert mit diesem engen Ansatz in vielen Fällen eine sinnvolle und frühzeitige Bewältigung dieses Kontrollproblems. Die Frage, ob oder wie ein Kontrolldefizit durch die Stellung des Stifters oder eines Beirats oder durch andere Einrichtungen beseitigt werden kann, wird überhaupt nicht gestellt. Dies ist umso bemerkenswerter, als die laufende Tätigkeit von Begünstigten in Kontrollorganen der Stiftungen Vorteile hat, da sie ja auch wirtschaftlich am Wohlergehen der Stiftung interessiert sind. Begünstigte können so laufend in die Tätigkeit der Stiftung „eingebunden“ sein, dies mit einem viel tieferen Einblick in die wirtschaftlichen Angelegenheiten und dem notwendigen Verständnis für Entscheidungen. Zugleich wird dauerhaft eine Transparenz unter den Beteiligten der Stiftung und wechselseitiges Vertrauen geschaffen.<sup>2)</sup> Naturgemäß wird es bei einem offenen Zugang dennoch auch Unzufriedene geben, die sich benachteiligt fühlen oder es auch tatsächlich sind. Die Judikatur hat in den vergangenen

Jahren eine widersprüchliche Festlegung des Privatstiftungsrechts herbeigeführt, die auf punktuellen ex post-Schutz durch aufwendige gerichtliche Verfahren setzt und einen sinnvollen begleitenden Präventivschutz durch Kontroll- und Mitwirkungsbefugnisse der Begünstigten zurückdrängt.<sup>3)</sup> Sie unterläuft damit das Konzept des Gesetzes, dem Willen des Stifters Vorrang einzuräumen und den Willen des Stifters auch vollziehen zu lassen.

Auf der Basis des gesetzlichen Konzepts und der aktuellen Judikatur haben nun die Betroffenen die Privatstiftung im Interesse des dauerhaften Erhalts ihres Familienunternehmens auszurichten und die genannten Herausforderungen zu bewältigen.<sup>4)</sup> Die Privatstiftung hat keinen Eigentümer, es fehlt die ordnende und kontrollierende Kraft des Eigentums. Daher ist es erforderlich, zur Vermeidung opportunistischen Verhaltens und eigennütziger Interessenverfolgung des Vorstands zulasten der Privatstiftung und der Begünstigten dieses stiftungstypische strukturelle Kontrolldefizit in anderer Weise auszugleichen.<sup>5)</sup> Wie bereits angesprochen wäre es aber zu generalisierend, in jeder Privatstiftung vom Bestehen einer relevanten oder tendenziell bedrohlichen Kontrolllücke auszugehen, da es in vielen Fällen auf Grund eines „informellen“ guten Zusammenwirkens von Stiftern, Begünstigten und Vorständen einen laufenden Informationsaustausch gibt, der einer effizienten Kontrolle recht nahe kommt. Diese „oft bewährte Praxis“ hat freilich rechtlich keinerlei Legitimation.

Das laufende Kontrolldefizit kann nie nur durch nachfolgende ge-

richtliche Verfahren und Antragstellung durch Begünstigte ausgeglichen werden. Dann ist der Schaden für die Stiftung in der Regel schon eingetreten. Vielmehr bedarf es präventiver Maßnahmen in der Stiftungsurkunde, etwa durch Einrichtung von Kontrollorganen und Kontrollrechten zugunsten von Stiftern und Begünstigten oder sonstiger Personen.

Begünstigte sind vom Amt des Stiftungsvorstands ausgeschlossen. Sie sind im Regelfall die Rechtsnachfolger des Unternehmers und Stifters. Daher besteht von Gesetzes wegen in der Privatstiftung als Organisationsform für ein Familienunternehmen eine Sollbruchstelle. Der Vorstand der Privatstiftung muss nämlich typischerweise von Mitgliedern außerhalb der Familie besetzt werden. Meist sind dies Freunde oder Berater des Stifters, die überwiegend schon allein wegen ihrer völlig anderen beruflichen Ausrichtung gerade nicht die unternehmerische Erfahrung des Stifters oder seiner Rechtsnachfolger haben. Im Einzelfall kann dies eine

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

Schließlich ist zu bedenken, dass die Befugnisse der Familie oft nicht klar festgelegt sind. Gerichte nehmen bei der Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands eine zunehmend bedeutende Rolle ein, wie die bereits oben genannten oberstgerichtlichen Judikate eindrücklich zeigen und auch von Entscheidungen der Instanzgerichte bestätigt wird. Die Zahl der gerichtlich abberufenen und auch bestellten Vorstandsmitglieder ist in den letzten Jahren sprunghaft gestiegen. Vielfach reicht ein einfacher Zuruf eines tatsächlich benachteiligten oder sich oft auch nur benachteiligt fühlenden Begünstigten aus, um gerichtliche Entscheidungen herbeizuführen. Konflikte zwischen Familienmitgliedern, insbesondere in der Generationenfolge, werden somit nicht innerhalb des Familienunternehmens oder der Stiftung ausgetragen, sondern sofort durch das nur einzelne Aspekte aufgreifende Gericht entschieden. Gerichte sind aber vor allem mit der Bestellung von Stiftungsorganen

---

*Aufgrund des strukturellen Kontrolldefizites bei Stiftungen empfehlen sich jedenfalls präventive Vorschriften in der Stiftungsurkunde.*

---

2) Vgl. *Résuméprotokoll, Aktuelles zum Stiftungsrecht, GesRZ 2012, 345, 347.*

3) *S. dazu Résuméprotokoll, Aktuelles zum Stiftungsrecht, GesRZ 2012, 345, 347.*

4) Vgl. *Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 7/153 ff.*

5) *Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 7/154.*

– notgedrungen – überfordert. Die gerichtliche Bestellung ist eben nicht der Abschluss eines aufwendigen Auswahlverfahrens der am besten geeigneten Personen, sondern kann nur kurzfristig eine Notlösung zur Sicherung der Vertretung leisten.

## 2. VERSCHIEDENE TYPEN VON FAMILIENSTIFTUNGEN

Das Alter der Unternehmer, die Stiftungen errichtet und ihre Unternehmensanteile in diese Rechtsform eingebracht haben, steigt. Zunehmend wird es daher schwieriger, in diesem rechtlichen und tatsächlichen Umfeld eine angemessene Kontrolle und Leitung des Familienunternehmens unter Einbeziehung der Privatstiftung durch den Unternehmer selbst herzustellen. Um die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten vorstellen zu können, ist es sinnvoll, mehrere Szenarien nach Lebens- und Gestaltungsphase der Stiftungen zu bilden. Eine ganz maßgebliche Zäsur bildet der Tod oder die dauernde Geschäftsunfähigkeit des Stifters. Das Kontrollregime von Privatstiftungen lässt sich daher in Stiftungen mit einem Stifter und Stiftungen nach Wegfall des Stifters bzw. geschäftsfähigen Stifters teilen. Lebt der Stifter noch, so besteht ein maßgeblicher Unterschied zwischen Stiftungen, die sich selbst durch eine entsprechende Gestaltung der Stiftungsurkunde Einfluss und Kontrollmöglichkeiten in der Stiftung erhalten (stifterdominierte Stiftung) und Stiftungen, die aus völlig unterschiedlichen Überlegungen auf jeden oder auf einen weitgehenden Einfluss verzichten. In der Phase nach Tod oder Wegfall des Stifters lassen sich familiengeführte und fremdgeführte Stiftungen unterscheiden.

Ein Familienunternehmen steht unter dem Einfluss der Familie.<sup>6)</sup> Demgemäß lassen sich verschiedene Formen der familiengeführten Stiftung unterscheiden. Auszugehen ist jeweils von der Situation, dass der Hauptstifter, nämlich der Unternehmer, der seine Unternehmensanteile in eine Privatstiftung eingebracht hat, bereits verstorben oder dauerhaft geschäftsunfähig ist. Die Sollbruchstelle gem § 15 Abs 2 PSG ist im Auge zu behalten. Kein Begünstigter und damit regelmäßig kein Familienmitglied darf das Amt des Stiftungsvorstands ausüben.

## 3. FAMILIENGEFÜHRTE STIFTUNGEN NACH DEM ABLEBEN DES STIFTERS

Familiengeführte Stiftungen lassen sich in verschiedener Weise verwirklichen. An dieser Stelle werden vier verschiedene Möglichkeiten vorgestellt:

- Die Familie führt das Familienunternehmen

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

### a) Führung des Unternehmens aus der Stifterrolle – mehrere Stifter

Vielfach ist nicht nur eine Person als Stifter bezeichnet, sondern mehrere Familienmitglieder. Für die wirksame Einräumung der Stifterrolle reicht es, in der ursprünglichen Stiftungsurkunde als Stifter bezeichnet zu werden. Nachträglich kann die Stifterrolle nicht begründet werden. Vielfach nimmt der Stifter den Ehepartner oder die Kinder in die Stiftungsurkunde auf. Die Aufnahme weiterer Familienmitglieder als Stifter sichert damit eine Verlängerung der Ausübung der Stifterrechte. Die Stifterrechte können daher nach dem Tod des Erst- oder Hauptstifters zumindest in die zweite oder dritte Generation ausgedehnt werden. Spätestens aber mit dem Tod aller Zweit- oder Nebenstifter erlöschen die höchstpersönlichen Stifterrechte, insbesondere das Änderungs- und Widerrufsrecht. Sie können gem § 3 PSG nicht übertragen werden. In der Praxis wird teilweise eine juristische Person als Stifter eingesetzt, etwa eine so genannte Stifter-GmbH, die im Einfluss der Familie steht. Damit wird ein Instrument geschaffen, um zumindest das Änderungsrecht, das auch juristischen Personen zukommt, zu bewahren. Die Haltung der Judikatur zu dieser Form der Perpetuierung des Stiftereinflusses ist noch nicht geklärt. Jedenfalls zeigte sich der OGH bei Verwendung einer Personengesellschaft äußerst restriktiv.<sup>7)</sup> Die Stifter-GmbH muss einen Unternehmensgegenstand ausweisen, der über die Ausübung der Stifterrechte hinausgeht, etwa die Führung und Koordination des Familienunternehmens insgesamt.<sup>8)</sup>

Eine weitere Möglichkeit, Einfluss auf die Stiftung zu nehmen und die Stifterrechte fortzuführen oder überhaupt erst neu zu schaffen, liegt in der Möglichkeit der Errichtung einer Substiftung. Eine Substiftung ist eine Stiftung, bei der eine schon bestehende Privatstiftung als Stifterin auftritt. Im Regelfall stiften neben ihr auch noch andere Personen, nämlich insbesondere die Rechtsnachfolger des Stifters. Die Errichtung einer Substiftung hat im Regelfall zwei verschiedene Zwecke, nämlich den der Perpetuierung der Stifterrechte,

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

7) OGH 6 Ob 60/01v.

8) Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 7/160 ff.

*Verschiedene Familiensituationen erfordern auch entsprechende Regelungen bei Stiftungen.*

zudem den der Teilung des Stiftungsvermögens und der Verselbstständigung verschiedener Vermögenswerte zugunsten einzelner Begünstigter oder Begünstigtenkreise. Damit erlangen die Rechnungskreise einer Stiftung eine institutionelle Verfestigung und organisatorische Verselbstständigung. Die Errichtung einer Substiftung ist nur zulässig, sofern sie in der Stiftungserklärung der ursprünglichen Stiftung ausdrücklich zugelassen wird oder jedenfalls die Übertragung von Vermögen durch eine Privatstiftung auf eine andere Privatstiftung vom Stiftungszweck gedeckt ist. Zulässig ist eine derartige Gestaltung, wenn der Stiftungszweck in der Gründerstiftung sowie in der Substiftung kongruent abgebildet wird. Gläubigerinteressen dürfen gem § 17 Abs 2 PSG nicht gefährdet werden. Die Substiftungen dienen insgesamt der Perpetuierung der Stiftungsrechte, können aber auch dafür eingesetzt werden, bestehende Kontrolldefizite und sonstige Mängel der Stiftungssatzung der ursprünglichen Stiftung auszubessern.

#### b) Führung des Familienunternehmens aus dem Familienbeirat

Die Familienmitglieder können durch die Einrichtung eines Familienrats oder Familienbeirats Mitwirkungsbefugnisse in der Privatstiftung zur Steuerung und Kontrolle des Familienunternehmens durch eine entsprechende Regelung in der Stiftungsurkunde eingeräumt erhalten. Der Familienbeirat oder Familienrat

nimmt dabei eine Rolle als Ausschuss der Begünstigten oder als Gesellschafterausschuss ein, die für die größere Zahl der Gesellschafter oder Begünstigten die maßgeblichen Eigentümerrechte und die Rechte der wirtschaftlich Berechtigten, somit der Familie, ausüben. Ein derartiger Beirat unterscheidet sich deutlich von einem Aufsichtsrat. Um diesen Unterschied zu unterstreichen, ist es empfehlenswert, sowohl auf der Ebene der Zuständigkeiten als auch auf der Ebene der Organisation vom Aufsichtsrat abweichende Regelungen zu schaffen. Dem Beirat sollen etwa andere Kompetenzen eingeräumt werden als sie typischerweise einem Aufsichtsrat zukommen. Empfehlenswert ist es daher, nicht allein die Zustimmungskataloge gem § 25 PSG, gem § 30j Abs 5 GmbHG oder § 95 Abs 5 AktG in den Aufgabenbereich des Stiftungsbeirats zu transferieren, vielmehr soll die Zustimmung oder Genehmigung des Beirats an maßgebliche und zentrale Angelegenheiten anknüpfen, die sich eher an § 35 GmbHG orientieren.<sup>9)</sup> Zugleich ist es sinnvoll, kein Kopfstimmrecht zu normieren, sondern entsprechend der Einbringung der Gesellschaftsanteile und den jeweiligen Beteiligungsquoten oder entsprechend einer fiktiven Rechtsnachfolge nach der Person des verstorbenen Stifters das Stimmrecht im Beirat zu verteilen. Das Kopfstimmrecht kann somit einem Beteiligungsstimmrecht (Kapi-

talstimmrecht) weichen.<sup>10)</sup> Schließlich wäre es auch möglich, die Beiratsmitglieder nicht mit einem freien Mandat auszustatten, sondern sie einer Weisung gegenüber dem von ihnen vertretenen Familienstamm zu unterwerfen. Das Gremium soll vor allem den Ausgleich unter den Familienstämmen leisten. Mit diesen Gestaltungen lässt sich die Einrichtung des Beirats klar sowohl vom Stiftungsvorstand als auch von einem Stiftungsaufsichtsrat abgrenzen. Ein derartiges Organ oder ein Beirat kann mit der Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands betraut werden. Zudem können ihm auch punktuelle Weisungs- und Zustimmungsrechte zu maßgeblichen Angelegenheiten übertragen werden. Schließlich kann er für die Vorbereitung oder Genehmigung strategischer Leitlinien der Privatstiftung herangezogen werden, ebenso für die Auswahl der Begünstigten und die Festlegung der Zuwendung. Neben der Zuerkennung der Rechte an den Beirat wäre es auch möglich, einzelnen Begünstigten bestimmte individuelle Rechte, etwa Zustimmungsrechte zu einzelnen Maßnahmen einzuräumen.

#### c) Führung des Familienunternehmens aus der Holding

Typischerweise hängt unter der Privatstiftung eine Kapitalgesellschaft als Holding für die weiteren Gesellschaften des Familienunternehmens. Die Inkompatibilitätsregelung gem § 15 Abs 2 PSG für Familienmitglieder, die typischerweise Begünstigte der Privatstiftung sind und die sie vom Amt des Stiftungsvor-

stands ausschließt, greift für die Leitungs- und Aufsichtsfunktionen in den Beteiligungsgesellschaften der Privatstiftung nicht. Begünstigte Familienmitglieder dürfen daher sowohl in der Zwischenholding der Privatstiftung als auch in den operativen Gesellschaften des Familienunternehmens, deren Anteile von der Privatstiftung direkt oder indirekt gehalten werden, Organfunktionen übernehmen. Den Begünstigten oder dem Organ der Privatstiftung, dem Familienbeirat, können auch Zustimmungs- und Vorschlagsrechte für gesellschafts- oder syndikatsvertragliche Bestellungen- und Nominierungsrechte der Privatstiftung für Organbesetzungen in den Beteiligungsgesellschaften eingeräumt werden. Vielfach werden in der Holding die Anteile an den operativen Gesellschaften gebündelt. Die Holding übt typischerweise auch die maßgeblichen Steuerungs- und Kontrollfunktionen aus. In der Holding wird daher die Konzernleitung und Konzernüberwachung des Familienunternehmens konzentriert. Die Stiftung selbst übt nur schlichte Eigentümerrechte aus, indem sie die Anteile in der Hand der Familie zusammenhält. Die unternehmerische Leitung und die Konzernführung werden aber nicht von der Privatstiftung, sondern eine Stufe tiefer von der Holding erbracht. Haben die Familienmitglieder die maßgeblichen Organfunktionen inne, steuert und kon-

---

*Ein der Stiftung gehöriges Familienunternehmen kann auf verschiedenen Ebenen geführt bzw. kontrolliert werden.*

---

9) Vgl etwa auch Feyl, ZUS 2012, 55, 57.

10) Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 7/150.

trolliert die Familie daher ihr Unternehmen aus den Organfunktionen der Holding (aa).

Möglich ist es auch, dass der Stifter oder sonstige Familienmitglieder neben der Privatstiftung Anteile an der Zwischenholding oder an sonstigen Gesellschaften des Familienunternehmens halten. Der Stifter kann sich diese Anteile von Anfang an zurückbehalten oder nachträglich von der Privatstiftung erwerben. Zulässig ist es aber auch, Anteile von der Privatstiftung später zum Verkehrswert an den Stifter oder seine Rechtsnachfolger zu übertragen oder diese im Rahmen einer Kapitalerhöhung an der Holding oder an der sonstigen Gesellschaft zu beteiligen, indem die Stiftung zumindest partiell auf ihr Bezugsrecht in der Kapitalerhöhung verzichtet. Zum Teil werden Familienmitgliedern privilegierende Gesellschafterpositionen eingeräumt, dh sie erhalten Mehrstimmrechte, Veto- oder Zustimmungsrechte in der GmbH; in der Aktiengesellschaft werden ihnen Präsenz- oder Zustimmungsrechte zu einzelnen Maßnahmen zuerkannt, um in der von der Privatstiftung mehrheitlich gehaltenen Gesellschaft die Kontrolle zu wahren. Die Leitung und Kontrolle werden so auf Gesellschafterebene der Holding oder sonstigen Beteiligungsgesellschaften durch die Familienmitglieder ausgeübt (bb). Besteht nunmehr diese Vermögensverteilung nicht von Anfang an und hat der Stifter oder haben die Familienmitglieder nicht bereits in der ursprünglichen Gestaltung besondere Einflussrechte in der Holding und werden Vermögensumschichtungen und Kontroll- und Einflussverschiebungen nachträglich herbeigeführt, stößt eine derartige Gestaltung an stiftungsrechtliche Grenzen. Wenn mit der Übertragung eines Anteils von der Privatstiftung auf Familienmitglieder oder mit der freiwilligen Verdünnung des Anteils der Privatstiftung und dem Anteilserwerb von Familienmitgliedern im Zuge einer Kapitalerhöhung eine alineare Einflussverschiebung zugunsten der Familienmitglieder einhergeht, liegen derartige Maßnahmen nicht im Interesse der Privatstiftung. Die Maßnahme dient nicht der Erfüllung des Stiftungszwecks, sondern allein der Verwirklichung der Vorstellungen des Stifters oder einzelner Familienmitglieder.

Da diese Anteils- und Kontrollverschiebung nicht als Maßnahme zur Verfolgung der Interessen der Stiftung gerechtfertigt werden können, sind derartige Gestaltungen nicht als sorgfaltsgemäße Ausübung des unternehmerischen Ermessens durch den Stiftungsvorstand zu qualifizieren.<sup>11)</sup> Möglich und zulässig ist das Handeln des Stiftungsvorstands, wenn ein entsprechender Auftrag in der Stiftungserklärung verankert wird, dh wenn es eine ausdrückliche Regelung dafür in der Stiftungsurkunde oder Stiftungszusatzurkunde gibt. Im Rahmen eines derartigen Stiftungsauftrags wird

festgelegt, wie der Stiftungsvorstand die Privatstiftung zu führen hat. Dadurch können Einzelmaßnahmen angeordnet oder generell Handlungsanleitungen gegeben werden. Enthält die Stiftungserklärung bisher keine derartige Regelung und hat sich der Stifter das Änderungsrecht vorbehalten, können die gewünschten Maßnahmen über eine Änderung der Stiftungserklärung sanktioniert werden. Der Stifter hat daher noch die Möglichkeit, nachträglich einen Stiftungsauftrag zu erteilen. Ist der Stifter allerdings bereits verstorben oder hat sich das Änderungsrecht nicht vorbehalten, kann dieser Stiftungsauftrag nicht mehr nachträglich etabliert werden. Eine nachträgliche Änderung gem § 33 Abs 2 PSG durch den Stiftungsvorstand wird wohl nur in besonderen Ausgangslagen möglich sein, wenn der hypothetische Wille des Stifters tatsächlich angenommen werden kann.

#### d) Führung des Unternehmens aus der Holding und aus dem Familienbeirat

Überlegenswert und zulässig ist auch eine Gestaltung, bei der einzelne Familienmitglieder im Beirat der Privatstiftung vertreten sind und sie zugleich die Geschäfte der Zwischenholding oder einzelner Beteiligungsgesellschaften führen. Der Stiftungsvorstand ist insofern in seiner Funktion zwischen den Familienmitgliedern „eingezwickelt“.<sup>12)</sup> Während in Kapitalgesellschaften eine derartige Gestaltung nicht möglich wäre, wonach ein Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer Tochtergesellschaft zugleich im Aufsichtsrat einer übergeordneten Kapitalgesellschaft vertreten wäre, ist dies in einer Privatstiftung möglich. Der Grund liegt schlicht darin, dass die Privatstiftung nicht echte Konzernmutter des Familienunternehmens ist, sondern insbesondere die grundlegenden Eigentümerrechte ausübt, vor allem aber der Umstand, dass ein Familienbeirat eben nicht aufsichtsratsgleich ist, sondern eher die Rolle des Ausschusses der wirtschaftlich Berechtigten ausübt, somit eher einer Gesellschafterversammlung ähnelt. Auch im Kapitalgesellschaftsrecht ist es nicht ausgeschlossen, dass – insbesondere etwa in Familienunternehmen – der Geschäftsführer ein Familienmitglied und Familiengesellschafter ist und die Geschäfte einer Beteiligungsgesellschaft oder der Zwischenholding führt sowie zugleich Mitglied der Eigentümer- und Syndikatsversammlung der übergeordneten Gesellschaft ist.

## 4. VERSTEINERUNG DER STIFTUNG

Eine weitere Gefahr neben einer mangelnden effizienten Kontrolle der Leitung der Privatstiftung liegt in der Versteinerung der Familienstiftung. Gründe für eine Versteinerung, dh eine Erstarrung und mangelnde Anpassungsfähigkeit und Adaptierungsmöglichkeit

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

12) Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 7/64, Rz 7/170.

der Stiftungsurkunde, liegen

- in engen und undurchführbaren Regelungen in den Stiftungsurkunden,
- in schwer auflösbaren Haftungsszenarien zulasten der Organträger,
- in fachlich und persönlich nicht qualifizierten Vorstandsmitgliedern,
- in gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen Vorständen, Beiräten und Begünstigten als Stellvertreterkonflikte für familieninterne Auseinandersetzungen,
- in der Involvierung von Familienstreitigkeiten durch Inanspruchnahme der Privatstiftung selbst, etwa durch Anfechtungen gem § 951 ABGB durch Pflichtteilsberechtigte.

Zum Teil wurde oder wird der Stiftungszweck in Familienstiftungen so gestaltet, dass er kaum wirksam verfolgt werden kann, indem zunächst dem Stiftungsvorstand erst aufgetragen wird, das Vermögen der Stiftung zu erhalten oder zu vermehren und dann primär Begünstigte zu versorgen sind. Ein Stiftungszweck etwa, der den Stiftungsvorstand verpflichtet, das der Stiftung übertragene Schloss in dem Zustand zu erhalten, in dem es in die Stiftung eingebracht wurde, macht es dem Stiftungsvorstand schwer, den Stiftungszweck zu erfüllen, wenn nur wenig zusätzliches Vermögen gewidmet wurde und dessen Erträge gerade ausreichen, die Verwaltungskosten der Stiftung zu decken. Bei der Formulierung des Stiftungszwecks ist daher eine Außengerichtetheit zu beachten. Weiters sind die Handlungsanleitungen an den Stiftungsvorstand so zu gestalten, dass sie erfüllbar sind und auf die wirtschaftlichen Erfordernisse Bedacht nehmen.

Ein weiterer Grund für die Versteinerung einer Familienstiftung liegt in den verschiedenen Haftungsszenarien des Stiftungsvorstands, insbesondere in einer Haftung des Stiftungsvorstands im Zusammenhang mit der Erfüllung des Stiftungszwecks. Gerade in volatilen Zeiten zeigen sich derartige Haftungsszenarien sehr schnell. Vielfach wird auch von Stifter- oder Begünstigtenseite zum Teil wegen völliger Rechtsunkenntnis mit Schadenersatzklagen gedroht, obwohl der Stiftungsvorstand sorgfaltsgemäß agiert, aber dennoch schlechte wirtschaftliche Ergebnisse erzielt. In derartigen Konstellationen ist es wichtig zu erkennen, dass dem Stiftungsvorstand unternehmerisches Ermessen zukommt, das er sorgfaltsgemäß auszuüben hat.<sup>13)</sup> Jedenfalls ist zu beachten, dass einem Stiftungsvorstand nicht nur durch aktives Tun Haftung drohen kann, sondern auch durch Unterlassungen, nämlich dass er es völlig verabsäumt, innovative Ideen zu verwirklichen, seine Eigentümerfunktion in unternehmerischer Weise auszuüben, indem nach Markt-

chancen gefahndet wird und Beteiligungsmöglichkeiten ausgelotet sowie neue und strategisch wegweisende Entscheidungen getroffen werden. Schließlich liegt ein großes Haftungspotenzial in der schlicht fahrlässigen Organisation des Stiftungsvermögens, dh in einer schlechten Strukturierung des Familienunternehmens und der nachgeordneten Beteiligungsunternehmen. Vielfach wird die Haftungsgefahr allein bei aktivem Tun erkannt und die Haftungsgefahr bei Unterlassung und falscher Organisation völlig unterschätzt, so dass aktuell in einem nicht unerheblichen Teil von Familienstiftungen unternehmerische Entscheidungen auf die lange Bank geschoben sind und eine Lähmung der Fortentwicklung der Familienunternehmen in der Rechtsform der Familienstiftungen erkennbar wird.

Eng mit den falsch eingeschätzten Sorgfalts- und Haftungsszenarien verbunden ist die Besetzung des Stiftungsvorstands mit ungeeigneten Personen. Vielfach sind keine Fachleute für das Familienunternehmen vertreten, sondern Personen, die durch Beratungs- und sonstige Dienstleistungen (Bankangehörige) Eigeninteressen verfolgen. Häufig verwenden sie wenig Zeit auf die Ausübung des Stiftungsvorstandsamts, das zum Teil auch nicht angemessen honoriert ist.

Schließlich behindern aufwendige Auseinandersetzungen zwischen Vorstandsmitgliedern und dem Beirat oder Vorstandsmitgliedern und Begünstigten die sorgfaltsgemäße Führung der Privatstiftung. Dazu tragen unklare Stiftungsurkunden bei. Zum Teil werden familieninterne Auseinandersetzungen über Vorstandsmitglieder als Stellvertreterkriege geführt. Schließlich wird die Privatstiftung in erbrechtliche oder sonstige Auseinandersetzungen einbezogen, was wiederum die Konzentration auf die Verfolgung des Stiftungszwecks vereitelt.

## 5. DIE VERWAISTE STIFTUNG

Vielfach prägt die Persönlichkeit des Familienunternehmers und des Stifters die Familienstiftung und das gesamte Familienunternehmen. Umso größer ist das nachfolgende Vakuum bei seinem plötzlichen und unvorhergesehenen Tod, umso mehr wenn für die Phase danach keine Vorkehrungen getroffen wurden. Die Stiftung ist aber auch verwaist, wenn der Stifter ausfällt, weil er an Demenz leidet oder in anderer Weise seine Geschäftsfähigkeit verliert. Zunehmend erreichen Stifter ein Alter, in dem die Wahrscheinlichkeit steigt, dass sie die Tragweite ihrer Entscheidungen in Stiftungsangelegenheiten nicht mehr voll überblicken können. Dabei sind sie entweder bereits tatsächlich geschäftsunfähig, vielfach haben sie aber dieses Stadium noch gar nicht erreicht, sondern sind einfach leicht von

---

*Eine Erstarrung der Stiftungsstruktur birgt langfristig Gefahren, denen man rechtzeitig entgegenzutreten muss.*

---

außen beeinflussbar. Die von der Judikatur entwickelten Begriffe der vollständigen und partiellen Geschäftsunfähigkeit<sup>14)</sup> reichen oft nicht aus, um die gesamte Spannweite der Dispositionsfähigkeit des Stifters und Unternehmers auszumessen. Partielle Geschäftsunfähigkeit ist gegeben, wenn eine Person nur für bestimmte Maßnahmen und Geschäfte die volle Tragweite nicht mehr überblicken und verstehen kann. Bei komplexen Regelwerken wie Stiftungsurkunde und -zusatzurkunde besteht die Gefahr einer zumindest partiellen Geschäftsunfähigkeit. Selbst wenn diese noch nicht erreicht ist, steht trotzdem nicht immer fest, dass der Stifter aus seinem freien Willen entscheidet, wenn er plötzlich Änderungen, die völlig gegen die seit 15 Jahren bestehende Übung gerichtet sind, anordnet oder zumindest die Änderungsurkunde unterfertigt.

Ist ein Stifter zugleich Mitglied des Stiftungsvorstands oder eines sonstigen Organs, insbesondere des Stiftungsbeirats, erlischt diese Organfunktion mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit. Das Amt endet ex lege und stellt nicht nur einen wichtigen Grund zur sofortigen Abberufung dar.<sup>15)</sup> Hingegen erlöschen die Stifterrechte nicht mit dem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Stifters. Sowohl das Änderungsrecht als auch das Widerrufsrecht der Privatstiftung sind höchstpersönliche Rechte. Höchstpersönlichkeit bedeutet aber nicht Vertretungsfeindlichkeit. Daher ist es auch zulässig, dass die Stifterrechte für einen Geschäftsunfähigen von wirksam bestellten Vertretern ausgeübt werden, ua durch einen Sachwalter oder durch einen Vorsorgebevollmächtigten iSv § 284f ABGB.

Die Vollmacht eines vorsorglich Bevollmächtigten ist regelmäßig erst bei Eintritt des Vorsorgefalles, dh bei mangelnder Geschäftsfähigkeit, bei mangelnder Äußerungsfähigkeit oder mangelnder Einsichtsfähigkeit, *Der konkreten Gestaltung der Urkunden kommt bei Familienstiftungen sehr große Bedeutung zu.* wirksam. Die Vorsorgevollmacht ist gerade auch in Stiftungsangelegenheiten und gegenüber Familienunternehmen mehreren Gefahren ausgesetzt und sollte daher nur sorgsam eingesetzt werden.<sup>16)</sup> Zunächst ist der genaue Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit vielfach unklar. Die Wirksamkeit hängt nämlich in der Regel vom Eintritt des Vorsorgefalles ab, dh es muss klar festgelegt werden, wann die mangelnde Geschäftsfähigkeit etc vorliegt. Die Wirksamkeit sollte in der Vorsorgevollmacht (etwa Vorliegen zweier unabhängiger ärztlicher Gutachten; Verstreichen einer bestimmten Zeit) ebenso festgelegt werden wie in der Stiftungsurkunde selbst. Ein Vorsorgebevollmächtigter unterliegt anders als ein Sachwalter keiner permanenten gerichtlichen Kontrolle, allein im Missbrauchsfall ist ein gerichtliches Einschreiten möglich. Daher besteht die Gefahr der missbräuchlichen Ausübung eines Stifterrechts. Der Stifter selbst ist ja nicht mehr in der Lage, die sorgfaltsgemäße Ausübung zu kon-

trollieren. Widrigenfalls würde die Vollmacht gar nicht wirksam sein. Um auszuschließen, dass ein Vertreter, insbesondere ein vorsorglich Bevollmächtigter oder auch ein Sachwalter, die Stifterrechte eines geschäftsunfähigen Stifters ausübt, kann in der Stiftungserklärung vorgesehen werden, dass entweder ab Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder nach einer bestimmten Vakanz die Stifterrechte erlöschen und nicht mehr ausgeübt werden können. Wird die Ausübung durch einen Sachwalter oder einen vorsorglich Bevollmächtigten zugelassen, ist es empfehlenswert, vorweg Handlungsanleitungen für die Ausübung der Stifterrechte vorzusehen. Die Vollmacht ist daher inhaltlich mit einem Auftrag zu ergänzen. Noch empfehlenswerter ist es, für den Fall der Geschäftsunfähigkeit im Fall von mehreren Stiftern den Übergang der Stifterrechte auf den nächstfolgenden Stifter vorzusehen und insofern das ursprüngliche Regelkonzept in der Stiftungsurkunde wirksam werden zu lassen.

## 6. ZUSAMMENFASSUNG

Die Familienstiftung ist ein vielfach eingesetztes Instrument zur Organisation der Leitung und Kontrolle von Familienunternehmen. Um dauerhaft die Leitung des Familienunternehmens durch die Familie auch bei Verwendung einer Familienstiftung sicherzustellen, ist es empfehlenswert, die nicht zulässige Leitung der Privatstiftung durch die Familie mit entsprechenden Kontrollmechanismen und begleitende Gestaltungen zu ergänzen oder zu ersetzen. Die Kontrolle kann sowohl im Beirat der Privatstiftung über Stifterrechte oder auch durch entsprechende Gestaltung der Familienholding, die von der Privatstiftung gehalten wird, vollzogen werden. Durch entsprechende Gestaltungen ist sicherzustellen, dass Privatstiftungen nicht versteinern oder durch mangelnde Regelungen bei Krankheit und sonstiger Geschäftsunfähigkeit verwaissen und insofern handlungsunfähig werden. Solange das Änderungsrecht des Stifters besteht, sollten die Stiftungen überprüft, mögliche Gefahren analysiert und durch entsprechende Gestaltungen in der Stiftungsurkunde rasch ausgeglichen werden.

Jedenfalls ist jede Privatstiftung in regelmäßigen Abständen dahingehend zu überprüfen, ob sie dem Stiftungszweck entsprechend geführt werden kann und ob gesetzlichen Erfordernissen, die in den vergangenen Jahren oft durch die Judikatur des OGH neu geschaffen wurden, entsprochen wird. Der regelmäßige „Stiftungscheck“ sollte bei den österreichischen Privatstiftungen in Zukunft die Regel und nicht die Ausnahme darstellen. ■

14) OGH 5 Ob 278/02x.

15) *Résuméprotokoll, Aktuelles zum Stiftungsrecht, GesRZ 2012, 346; aA OGH 6 Ob 74/99x.*

16) *Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 20/74 ff.*