

48. Jahrgang / Februar 2019 / Nr. 1

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Friedrich Harrer

Überprüfung von Beschlüssen durch die Generalversammlung

Heinz Keinert/Elisabeth Maria Keinert

Aktuelle OGH-Judikatur zum Vereinsausschluss

Robert Briem

Die Privatstiftung als Konzernspitze

Angelika Winder

Cash Pooling im Konzern

Der praktische Fall

Zerrüttung im Gesellschafterkreis der Felgen ZOOM GmbH

Aus der aktuellen Rechtsprechung

Entscheidungen zum Gesellschafts- und Vereinsrecht

Unternehmensrecht aktuell

Überblick zu Gesetzgebungsvorhaben

Aktivitäten der ESMA und der FMA

ARUG II in Deutschland

Die Privatstiftung als Konzernspitze

ROBERT BRIEM*

In der letzten Ausgabe startete die GesRZ mit zwei einleitenden Beiträgen¹ ihre neue ständige Rubrik „Der Konzern“, welche sich fortan verschiedenen Problemen des Konzernrechts widmet. Der vorliegende dritte Beitrag behandelt den Fall, dass eine Privatstiftung als Konzernspitze eingesetzt ist.

I. Konzernleitung durch eine Privatstiftung

1. Eine Privatstiftung kann Konzernspitze sein, wenn nicht eine unzulässige, alle wesentlichen Leitungsbereiche umfassende straffe Konzernleitung vorliegt.² Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass eine Konzernleitung nichts anderes als eine Geschäftsführung eines Unternehmens ist, welche Privatstiftungen nach § 1 Abs 2 Z 2 PSG untersagt ist, sowie eine gewerbsmäßige Tätigkeit darstellen kann, welche Privatstiftungen nach § 1 Abs 2 Z 1 PSG untersagt ist.³ Andererseits ist Privatstiftungen, wie sich aus den Regelungen über die Aufsichtsratspflicht nach § 22 Abs 1 Z 2 PSG ergibt, eine Konzernleitung gestattet. Dieser Widerspruch lässt sich nur dadurch auflösen, indem man den Privatstiftungen in einem gewissen Umfang die Konzernleitung gestattet.⁴

Eine umfassende Konzernleitung, welche etwa die Bereiche Planungs-, Steuerungs-, Organisations-, Finanz- und Informationsverantwortung umfasst,⁵ ist daher einer Privatstiftung untersagt. Befugnisse, welche sich primär aus der Gesellschafterstellung ergeben und keinen unmittelbaren Bezug zum operativen Geschäft aufweisen, sind der Privatstiftung jedenfalls gestattet. Selbst gegenüber dem gesetzlichen Maßstab verstärkte Berichtspflichten eines Leitungsorgans eines verbundenen Unternehmens oder einzelne Vetorechte begründen noch keine unzulässige Geschäftsführung der Privatstiftung.⁶ Die Abgrenzung ist fließend und nach dem Maßstab vorzunehmen, ab wann eine „maßgebliche Einflussnahme“ auf die operative Geschäftsführung vorliegt.⁷

2. Häufig wird zwischen der (beteiligungsverwaltenden) Privatstiftung und den operativen Unternehmen eine Kapitalgesellschaft (Zwischenholding) als Konzernspitze eingeschoben.⁸ Diese Zwischenholding kann eine umfassende straffe Konzernleitung ausüben, ohne dass sich Beschränkungen aus dem PSG ergeben.⁹

3. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Der Privatstiftung selbst ist eine umfassende Konzernleitung – insb unter dem Blickwinkel des Verbots des § 1 Abs 2 Z 2 PSG – untersagt. Die reine Beteiligungsverwaltung und die Ausübung der mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte sind ihr hingegen jedenfalls gestattet. Ist eine umfassende Konzernleitung gewünscht, so ist diese auf Ebene einer Zwischenholding zu etablieren.

II. Aufsichtsratspflicht der Privatstiftung

1. Nach § 22 Abs 1 Z 2 PSG ist bei der Privatstiftung ein Aufsichtsrat zu bestellen, wenn

- die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften oder inländische Genossenschaften iSd § 15 Abs 1 AktG einheitlich leitet (Fall 1) oder
- aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht (Fall 2) und
- in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften bzw Genossenschaften im Durchschnitt 300 übersteigt und
- sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt.

2. Um von einer einheitlichen Leitung iSd § 15 AktG sprechen zu können, müssen die maßgeblichen Entscheidungen in den zentralen Unternehmerfunktionen vom Mutterunternehmen (hier: von der Privatstiftung) – tatsächlich – getroffen werden. Die einheitliche Leitung von Konzerngesellschaften muss sich hierbei aber nicht auf alle Funktionsbereiche des Unternehmens erstrecken.¹⁰ Vielmehr genügt eine dauernde Einflussnahme im finanziellen Bereich, und zwar insb bei der Entscheidung über Investitionen. Diese Grundsätze etwas modifizierend hat der OGH entschieden, dass schon eine weniger intensive Einflussnahme in einem wichtigen Leitungsbereich (etwa im Finanzbereich) ausreicht, um eine einheitliche Leitung zu bejahen. Die einheitliche Leitung kann auch mittelbar über Tochtergesellschaften der Privatstiftung ausgeübt werden. Voraussetzung ist jedoch für eine Aufsichtsratspflicht nach § 22 Abs 1 Z 2 Fall 1 PSG, dass die Privatstiftung die Leitungsfunktion auch tatsächlich ausübt. Die bloße Möglichkeit zur Einflussnahme ist nicht ausreichend.¹¹

Personenidentität zwischen den Organen der Privatstiftung und den Organen der (direkten und indirekten) Beteiligungsgesellschaften indiziert eine einheitliche Leitung.¹²

* Dr. Robert Briem ist Rechtsanwalt in Wien.

¹ Drobnik/U. Torggler, Der Konzernbegriff und seine Verwandten, GesRZ 2018, 334; Ratka, Europäisches Konzernrecht, GesRZ 2018, 337.

² OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p.

³ Eine gewerbsmäßige (dh mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübte) Konzernleitung ist der Privatstiftung nach § 1 Abs 2 Z 1 PSG untersagt. Eine solche liegt nach Zwick (Die Privatstiftung als Konzernspitze, GesRZ 2009, 278 [281]) nicht vor, wenn die Privatstiftung nur „ihren“ Konzern führt, ohne dass für die Leitung der Unternehmensgruppe ein Entgelt vereinbart wurde; idS auch Hayden, Grenzüberschreitender Formwechsel (2018) 314. Gegen diese Auffassung spricht, dass der Privatstiftung aus der wirtschaftlich profitablen Führung des Konzerns (insb über Gewinnausschüttungen) mittelbar wirtschaftliche Vorteile zukommen.

⁴ Siehe OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p; Zwick, GesRZ 2009, 278 ff.

⁵ Zu den zentralen Leitungsfunktionen siehe nur Spindler in MünchKomm AktG⁴, § 76 Rz 50; G. Schima/Arlt in Haberer/Krejci, Konzernrecht (2016) Rz. 9.57 ff.

⁶ N. Arnold in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rz 5.23.

⁷ Vgl Zwick, GesRZ 2009, 278 ff.

⁸ Siehe bereits Csoklich, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 13 (26 f).

⁹ Zur Frage der Aufsichtsratspflicht der Stiftung siehe Pkt II.

¹⁰ Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 15 Rz 43.

¹¹ OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p.

¹² Eine solche die Konzernleitung indizierende Personenidentität liegt zB dann vor, wenn die Geschäftsführung oder der Aufsichtsrat der Beteiligungsgesellschaft mehrheitlich mit Organmitgliedern der Privatstiftung, seien es Mitgliedern des Stiftungsvorstands oder des Stiftungsbeirats, besetzt ist.

Auch Bestimmungen in der Stiftungserklärung der Privatstiftung und in den Gesellschaftsverträgen der Beteiligungsgesellschaften können eine Konzernleitung der Privatstiftung indizieren. Diese Indizwirkung kann von der Privatstiftung entkräftet werden.¹³

3. Eine Beherrschung kann nach § 22 Abs 1 Z 2 PSG nur dann zu einer Aufsichtsratspflicht der Privatstiftung führen, wenn die Beherrschung aufgrund einer „unmittelbaren“ Beteiligung von mehr als 50 % erfolgt und – wie im Falle der einheitlichen Leitung – die Tätigkeit der Privatstiftung in Bezug auf die Beteiligungsunternehmen über eine bloße Anteilsverwaltung hinausgeht. Eine bloße Beherrschungsmöglichkeit, die mit jeder Mehrheitsbeteiligung verbunden ist, reicht daher nicht aus. Hieraus folgt, dass die Privatstiftung ihre Beherrschungsmöglichkeit auch tatsächlich ausüben muss, sohin ihre Anteilsmehrheit für eine unmittelbare Einflussnahme in zentralen Unternehmensbereichen nutzen muss. Personenidentität und Satzungsbestimmungen können wiederum eine Konzernleitung indizieren.¹⁴

4. Die Abgrenzung zwischen einer unzulässigen Konzernleitung, einer zulässigen Konzernleitung mit der Rechtsfolge der Aufsichtsratspflicht und der bloßen Anteilsverwaltung ist schwierig.

Als Richtschnur kann gelten:¹⁵ Die bloße Ausübung der Gesellschafterrechte in der Gesellschafterversammlung der Beteiligungsgesellschaft, ohne in die Leitung der Beteiligungsgesellschaft einzugreifen, ist unproblematisch. Jede, wenn auch nur geringfügige Einflussnahme auf die Beteiligungsgesellschaft ist aber bereits mehr als bloße Anteilsverwaltung und erfüllt, sofern sie konzernrelevante Bereiche zum Inhalt hat, den Beherrschungstatbestand. Auch für die einheitliche Leitung genügen im Privatstiftungsrecht bereits punktuelle, nur in einzelnen Unternehmensbereichen (vor allem im Finanzbereich) entfaltete Aktivitäten der Privatstiftung. Erforderlich ist jedoch eine tatsächliche Einflussnahme. Die bloße Möglichkeit der einheitlichen Leitung oder die bloße Wahrscheinlichkeit einflusskonformen Verhaltens¹⁶ sind nicht ausreichend. Weiters ist eine „negative Beherrschung“, also die Fähigkeit bestimmte Entscheidungen zu verhindern, nicht ausreichend, um eine Aufsichtsratspflicht der Privatstiftung zu begründen.¹⁷ Ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte im Gesellschaftsvertrag oder in einer Geschäftsordnung der Beteiligungsgesellschaft, wonach bestimmte wichtige Maßnahmen (in Anlehnung an § 95 Abs 5 AktG) der Zustimmung der Privatstiftung als Gesellschafterin bedürfen, kann eine Aufsichtsratspflicht der Privatstiftung indizieren, führt jedoch noch nicht notwendigerweise zur Aufsichtsratspflicht. Hinzu muss immer kommen, dass die Privatstiftung tatsächlich Einfluss auf die Geschäftsführung der Beteiligungsgesellschaft in zentralen Unternehmensbereichen nimmt.

Umfasst der Einfluss der Privatstiftung auch operative Maßnahmen der Beteiligungsgesellschaft (zB Personal-, In-

vestitions- und Produktionspolitik) und geht der Einfluss über bloß strategische (Grundsatz-)Entscheidungen hinaus, so liegt eine unzulässige Konzernleitung vor, welche der Privatstiftung untersagt ist.¹⁸

5. Allgemein ist festzuhalten, dass den Vorstand einer Privatstiftung – wie auch den Vorstand einer herrschenden Kapitalgesellschaft – keine Konzernleitungspflicht idS trifft, dass er nicht nur zur Leitung der Privatstiftung, sondern auch zur Leitung der Tochterunternehmen verpflichtet ist. Es steht vielmehr im Ermessen des Stiftungsvorstands, inwieweit er innerhalb der gesetzlichen Grenzen auf die Leitung der Tochterunternehmen Einfluss nimmt oder ob er die Tochterunternehmen weitgehend selbständig arbeiten lässt.¹⁹ Ein Mindestmaß an Leitungspflicht und Pflicht zur Überwachung ergibt sich jedoch aus der bloßen Tatsache, dass Beteiligungen an anderen Unternehmen zum Vermögen der Privatstiftung gehören. Aus diesem Grund sind Beteiligungen durch den Stiftungsvorstand zum Wohl der Privatstiftung zu verwalten. Abgesehen von Fällen reiner Finanzbeteiligungen hat daher der Stiftungsvorstand zwangsläufig aus seiner Sorgfaltspflicht gem § 17 PSG ein Mindestmaß an (unternehmerischer) Beteiligungsverwaltung zu etablieren.²⁰

6. Im Regelfall wird danach getrachtet, die Konzernleitung der Privatstiftung zu vermeiden. Dies ist zum einen darin begründet, dass – mit Ausnahme des ersten Aufsichtsrats, welcher bei Errichtung der Privatstiftung bestellt wird – die Aufsichtsratsmitglieder vom Gericht bestellt werden (§ 24 Abs 1 PSG), zum anderen im Entsendungsrecht der Arbeitnehmer (§ 22 Abs 4 PSG). Wird ein Aufsichtsrat nach § 22 Abs 1 Z 2 PSG bestellt, so ist dessen Aufgabenbereich auf Angelegenheiten der einheitlichen Leitung oder unmittelbaren Beherrschung inländischer Kapitalgesellschaften und Genossenschaften beschränkt (§ 25 Abs 2 PSG).

7. Im Entwurf der PSG-Novelle 2017²¹ war ua eine Neugestaltung der Regelungen über den Aufsichtsrat (dort als „Aufsichtsorgan“ bezeichnet) vorgesehen. Ein Aufsichtsorgan wäre nach § 22 Abs 2 Z 2 PSG idF des Entwurfs einzurichten gewesen, wenn „die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften und inländische Genossenschaften im Sinn des § 244 UGB beherrscht und keine größenabhängige Befreiung im Sinn des § 246 UGB vorliegt“. Die bisherige Ausnahme für bloß anteilsverwaltende Privatstiftungen wäre somit gestrichen worden. Im Ergebnis wäre damit – dem Grunde nach – die Verpflichtung zur Einrichtung eines Aufsichtsrats (Aufsichtsorgans) verschärft worden.²² Andererseits wäre nach dem Entwurf die Aufsichtspflicht der Privatstiftung entfallen, wenn die Privatstiftung alle inländischen Tochtergesellschaften durch eine Kapitalge-

¹⁸ Siehe Zwick, GesRZ 2009, 284, welcher idZ – anknüpfend an die betriebswirtschaftliche Begriffsbildung – zwischen strategischem, operativem und taktischem Management unterscheidet. Als Beispiel einer unzulässigen Konzernleitung nennt Zwick die Entscheidung über die Anschaffung von Fahrzeugen, die Absatzpolitik, die Marketinglinie des Unternehmens oder die Entscheidung über Mitarbeiter des unteren oder mittleren Managementbereichs.

¹⁹ Siehe zum Vorstand einer herrschenden AG Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG³ (2015) § 76 Rz 16; eingehend G. Schima/Arlt in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rz 9.37 ff.

²⁰ Vgl G. Schima/Arlt in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rz 9.40.

²¹ 323/ME 25. GP, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00323/index.shtml.

²² Anders als nach bisheriger Rechtslage hätten die Mitglieder des Aufsichtsrats (anstelle der bisher ausnahmslosen Bestellung durch das Gericht) auch stiftungsintern bestellt werden können.

¹³ OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p; N. Arnold in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rz 5.25.

¹⁴ OGH 1.12.2005, 6 Ob 217/05p; N. Arnold in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rz 5.25.

¹⁵ Siehe zum Ganzen R. Briem, Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010, 108 (109 f).

¹⁶ Siehe hierzu Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 115 Rz 9; Koppensteiner in Kölner Komm AktG³, § 17 Rz 21.

¹⁷ Siehe Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 115 Rz 9.

sellschaft beherrscht, an der sie zu zumindest 90 % beteiligt ist und welche ihrerseits einen Aufsichtsrat hat. Mit anderen Worten: Der Aufsichtsrat der unmittelbaren Tochtergesellschaft hätte die Privatstiftung von ihrer Aufsichtsratspflicht befreit.

III. Konzernabschluss der Privatstiftung

1. §§ 244 bis 267 UGB über den Konzernabschluss gelten für die Privatstiftung sinngemäß (§ 18 PSG). Dh, dass bei Vorliegen einer einheitlichen Leitung die Privatstiftung, wenn nicht die größenabhängigen Befreiungen anwendbar sind, ebenfalls einen Konzernabschluss aufzustellen hat. Dieser ist jedoch nicht offenzulegen.²³ Mangels Offenlegung des Konzernabschlusses der Privatstiftung wirkt dieser im Verhältnis zu den darunter liegenden Unternehmen nicht befreiend iSd § 245 UGB.²⁴

2. In der Praxis ist zu beobachten, dass einige Privatstiftungen der Verpflichtung zur Aufstellung des Konzernabschlusses nicht entsprechen. In den *management letters* der Stiftungsprüfer wird regelmäßig darauf hingewiesen. Der Grund dafür ist, dass der Erkenntnisgewinn durch einen Konzernabschluss der Privatstiftung, welcher zusätzlich zum Konzernabschluss des darunter liegenden Unternehmens erstellt wird, oft gering ist. Dies gilt insb in jenen Fällen, in denen die Privatstiftung – abgesehen von ihrer Beteiligung an den Unternehmen, die in den Konzernabschluss der Tochtergesellschaft einbezogen sind – nur Immobilien und liquides Vermögen hat. Anders stellt sich die Situation dar, wenn die Privatstiftung jeweils unmittelbar an zwei Unternehmensgruppen beteiligt ist, welche jeweils einen eigenen Konzernabschluss aufstellen, und Leistungsbeziehungen zwischen den beiden Unternehmensgruppen bestehen. Keine wirkliche Abhilfe schafft hier die Anhangangabenpflicht nach § 238 Abs 1 Z 12 UGB, zumal diese auf solche Geschäfte mit nahestehenden Personen und Unternehmen eingeschränkt ist, die „unter marktunüblichen Bedingungen“ abgeschlossen wurden. Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung ist gering, weil derartige Geschäfte regelmäßig bereits am gesellschaftsrechtlichen Verbot der Einlagenrückgewähr scheitern.²⁵

3. Im Entwurf der PSG-Novelle 2017 waren tief greifende Änderungen zur Konzernrechnungslegung geplant. Anders als nach bisheriger Rechtslage sah der Entwurf vor, dass die Privatstiftung nicht nur einen Konzernabschluss aufzustellen, sondern diesen auch beim Firmenbuch einzureichen hat. Die Privatstiftung wäre jedoch nach dem Entwurf von der Aufstellung eines Konzernabschlusses befreit gewesen, wenn eine Kapitalgesellschaft, an der die Privatstiftung zumindest zu 90 % beteiligt ist, ihrerseits einen Konzernabschluss, der alle einzubeziehenden Tochterunternehmen der Privatstiftung umfasst, aufgestellt und veröffentlicht hat.²⁶ Damit wäre das „umgekehrte Tannenbaumprinzip“ verwirklicht worden.

IV. Organbesetzungen und Geschäfte im Konzern

1. Das Gesellschaftsrecht verbietet bestimmte Formen der Organverflechtungen. Nach § 86 Abs 2 Z 2 AktG (bzw § 30a Abs 2 Z 2 GmbHG) kann nicht Mitglied des Aufsichtsrats

sein, wer gesetzlicher Vertreter eines Tochterunternehmens ist (Verbot der Organbestellung gegen das Organisationsgefälle im Konzern). Nach § 90 Abs 1 AktG können Aufsichtsratsmitglieder nicht zugleich Vorstandsmitglied der Gesellschaft oder ihrer Tochterunternehmen sein. Nach § 86 Abs 2 Z 3 AktG (bzw § 30a Abs 2 Z 3 GmbHG) kann nicht Aufsichtsrat sein, wer gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört (Verbot der Überkreuzverflechtung), wobei diese Regelung nicht gilt, wenn die Gesellschaften konzernmäßig verbunden sind oder eine Beteiligung iSd § 189a Z 2 UGB vorliegt.

Die vorgenannten Bestimmungen gelten nur für Aufsichtsratsmitglieder von Kapitalgesellschaften. Vergleichbare Bestimmungen für das PSG fehlen. Die Frage, ob die kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen auf die Privatstiftung analog anzuwenden sind, ist strittig.²⁷ Infolge des Umstands, dass es – abgesehen von Sparkassen-Privatstiftungen – kaum Aufsichtsräte bei Privatstiftungen gibt, ist die praktische Bedeutung dieser Frage gering.

2. Mitglieder des Stiftungsvorstands oder eines Stiftungsbeirats, aber auch Stifter und Begünstigte können zu Organen der Beteiligungsunternehmen der Privatstiftung (insb zu Geschäftsführern, Mitgliedern des Aufsichtsrats oder eines allfälligen Gesellschafterbeirats) bestellt werden.²⁸ Nur soweit die Beteiligungsgesellschaften eigenes Vermögen der Privatstiftung (zB Liegenschaftsvermögen) verwalten, können sich mE aus § 15 Abs 2 PSG Einschränkungen ergeben. In diesem Fall können zwar die Verwaltungsbefugnisse einer Beteiligungsgesellschaft übertragen werden, in welcher ein Begünstigter eine Organfunktion hat, die typischen Eigentümerbefugnisse (zB die Entscheidung über den An- und Verkauf von Liegenschaften) müssen jedoch beim Stiftungsvorstand verbleiben.²⁹

3. Nach § 17 Abs 5 PSG bedürfen Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Mitglied des Stiftungsvorstands, wenn die Privatstiftung keinen Aufsichtsrat hat, der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands und der Genehmigung des Gerichts. Die Frage, inwieweit diese Bestimmung auch auf 1.) Geschäfte mit einer Gesellschaft, an welcher ein Vorstandsmitglied eine beherrschende Beteiligung oder ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat, oder 2.) Geschäfte eines Vorstandsmitgliedes mit einem Beteiligungsunternehmen der Stiftung anzuwenden sind,³⁰ ist bereits seit Längerem strittig.

Zur ersten Frage hat der OGH entschieden, dass § 17 Abs 5 PSG analog auf Geschäfte der Privatstiftung mit einer Gesellschaft anzuwenden ist, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer ein Vorstandsmitglied der Privatstiftung ist. Ingegen wurde jüngst vom OLG Wien die analoge Anwendung des § 17 Abs 5 PSG in jenem Fall verneint, in dem das betreffende Mitglied des Stiftungsvorstands an der Gesell-

²³ Siehe nur N. Arnold in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 5.25.

²⁴ OGH 1.12.2005, 6 Ob 254/05d.

²⁵ Ch. Nowotny in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II³, § 238 Rz 68.

²⁶ Vgl § 18 Abs 3 PSG idF 323/ME 25. GP.

²⁷ Dagegen N. Arnold in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht, Rz 5.25; dafür K. Müller/R. Saurer, Die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften von Privatstiftungen, in *Eiselsberg*, Jahrbuch Stiftungsrecht 2009 (2009) 189 (207 ff); zum Fall einer von einer AG beherrschten Privatstiftung siehe *Lindner/Zöllner*, Die Privatstiftung als Baustein der Corporate Governance, ZFR 2006, 90 (97 f).

²⁸ Siehe nur N. Arnold, PSG³ (2013) § 15 Rz 45b.

²⁹ Siehe R. Briem, Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung einer funktionierenden Governance der Privatstiftung, in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts (2014) 61 (95 f).

³⁰ Diese Frage ließ der OGH in seiner Entscheidung vom 27.9.2016, 6 Ob 145/16s, nach Wiedergabe des Meinungsstands ausdrücklich offen.

schaft „nur in einem untergeordneten Ausmaß beteiligt ist und diese damit jedenfalls nicht beherrscht.“³¹

Zur zweiten Frage ist mE § 17 Abs 5 PSG analog anzuwenden, wenn nicht die Privatstiftung, sondern eine von ihr (und damit *de facto* vom Stiftungsvorstand) beherrschte Beteiligungsgesellschaft mit einem Vorstandsmitglied kontrahiert, sofern die Interessenkollision auf Ebene der Beteiligungsgesellschaft weder durch einen Aufsichtsrat noch (im Falle einer GmbH) durch einen alleinvertretungsbefugten Geschäftsführer, welcher nicht Vorstandsmitglied der Privatstiftung ist (im Folgenden: unbefangener Geschäftsführer), aufgelöst werden kann.³² Einschränkend ist festzuhalten, dass die Interessenkollision bei Anstellungsverträgen nicht durch einen unbefangenen Geschäftsführer im vorgenannten Sinn aufgelöst werden kann, weil der Abschluss von Anstellungsverträgen zwingend in die Kompetenz der Gesellschafter fällt. Der Abschluss eines Anstellungsvertrages zwischen einer Beteiligungsgesellschaft, welche von der Privatstiftung kontrolliert wird, und einem Vorstandsmitglied der Privatstiftung bedarf daher mE zwingend der gerichtlichen Genehmigung analog § 17 Abs 5 PSG.

V. Entlastungsbeschlüsse

1. Nach § 125 AktG kann niemand für sich oder für einen anderen das Stimmrecht ausüben, wenn darüber Beschluss gefasst wird, ob er zu entlasten ist.³³ Das Stimmverbot greift auch bei einer Befangenheit des Vertreters.³⁴ Ist ein Vorstandsmitglied einer Privatstiftung bei der Abstimmung befangen, kann sich die Privatstiftung in der Gesellschafterversammlung der Abstimmungsgesellschaft (AG oder GmbH) nicht durch dieses Vorstandsmitglied vertreten lassen. Bei einem mehrgliedrigen Verwaltungsorgan (wie dem Stiftungsvorstand) kann das Stimmrecht in der Abstimmungsgesellschaft jedoch durch ein anderes (selbst unbefangenes) Organmitglied wahrgenommen werden.³⁵

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass mehr als ein Mitglied des Stiftungsvorstands auch Organmitglied in der Abstimmungsgesellschaft ist. Wird zB über die Entlastung aller Geschäftsführer der Abstimmungsgesellschaft abgestimmt (Gesamtentlastung), so unterliegen alle Vorstandsmitglieder der Privatstiftung, welche zugleich Geschäftsführer der Abstimmungsgesellschaft sind, einem Stimmverbot. Wird über die Entlastung jedes Geschäftsführers getrennt abgestimmt (Einzelentlastung), so unterliegt jedes Vorstandsmitglied, welches auch Geschäftsführer der Abstimmungsgesellschaft ist, auch dann dem Stimmverbot, wenn es nicht um seine eigene Entlastung geht, sondern um die Entlastung eines Mitgeschäftsführers. Anderes gilt nur dann, „wenn ausnahmsweise nicht einmal eine Billigung des Verhaltens des betreffenden Gesellschafter-Geschäftsführers durch den abstimmenden Mitgesellschafter in Rede steht.“³⁶ Damit werden jene Fälle erfasst, in denen über Einzelmaßnahmen eines Geschäftsführers beschlossen wird, die zu keiner Verantwortung des wei-

teren Geschäftsführers (auch nicht im Rahmen der Überwachungspflicht) führen können.

Nach hM ist, sofern die Beteiligungsverwaltung in die Entscheidungszuständigkeit des Gesamorgans fällt, die juristische Person (hier: die Privatstiftung) auch dann vom Stimmrecht in der Abstimmungsgesellschaft ausgeschlossen, wenn das befugte Organmitglied (hier: das Mitglied des Stiftungsvorstands) maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung im Gesamtorgan hat.³⁷ Dies ist bei einer Abstimmung über die Entlastung eines Mitglieds des Stiftungsvorstands als Organ der Abstimmungsgesellschaft grundsätzlich nur dann denkbar, wenn das zu entlastende Organmitglied auf Ebene des Stiftungsvorstands entsprechend dem sog Führerprinzip ein Mehrstimmrecht hat.³⁸

2. Auch die Einflussmöglichkeiten des Stifters auf die Privatstiftung können dazu führen, dass die Privatstiftung bei der Entlastung des Stifters in der Abstimmungsgesellschaft einem Stimmverbot unterliegt. Ein solches Stimmverbot wurde von der Rspr in jenem Fall bejaht, in dem sich der Stifter so viele und umfassende Rechte (Widerrufsrecht, uneingeschränktes Änderungsrecht, Recht auf Bestellung und Abberufung [aus wichtigem Grund] von Vorstandsmitgliedern, Rechte als Familienrat) vorbehalten hat, dass von einem beherrschenden Einfluss des Stifters auf die Privatstiftung auszugehen war.³⁹ Unter dem Blickwinkel des § 125 Abs 1 AktG kommt es nicht darauf an, dass der Stifter über die rechtlich abgesicherte Möglichkeit verfügt, die Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschaft zu beeinflussen. Vielmehr reicht es bereits aus, dass eine von der Interessenkollision ungetrübte Stimmabgabe nicht zu erwarten ist.⁴⁰ Kommen hingegen die maßgeblichen Einflussrechte mehreren Stiftern zu, die diese Rechte nur gemeinsam ausüben können, so liegt keine Beherrschung durch einen einzelnen Stifter vor, sodass kein Stimmverbot der Privatstiftung in der Abstimmungsgesellschaft besteht.

VI. Schlussbemerkung

Privatstiftungen sind regelmäßig Konzernspitze von Unternehmen. Eine straffe umfassende Konzernleitung ist ihnen jedoch – insb nach § 1 Abs 2 Z 2 PSG – untersagt. Eine weniger intensive Einflussnahme der Privatstiftung in einem wichtigen Leitungsbereich (etwa im Finanzbereich) reicht bereits aus, um eine einheitliche Leitung iSd § 22 Abs 1 Z 2 Fall 1 PSG und damit eine Aufsichtsratspflicht zu begründen.

Aus diesem Grund wird häufig unter der Privatstiftung eine Zwischenholding angesiedelt, welche die Aufgaben der Konzernleitung ausübt. Die Privatstiftung beschränkt sich in diesem Fall auf die Verwaltung der Gesellschaftsrechte (einschließlich der Bestellung von Organen der Zwischenholding). Zur Vermeidung einer Aufsichtsratspflicht der Privatstiftung wird häufig davon Abstand genommen, auf Ebene der Beteiligungsgesellschaft einen umfangreichen Katalog von Geschäften zu regeln, welche der Zustimmung der Privatstiftung bedürfen. Ein solcher Katalog könnte nämlich Indizwirkung dafür haben, dass die Privatstiftung eine Konzernleitung tatsächlich ausübt. Auch eine Personenidentität zwischen den Organen der Beteiligungsgesellschaft und den Organen der Privatstiftung kann eine einheitliche Leitung der Privatstiftung indizieren.

³¹ OLG Wien 7.8.2018, 6 R 155/18k. Im Entscheidungsfall war das Vorstandsmitglied durchgerechnet nur zu 2,3 % an der Steuerberatungsgesellschaft beteiligt, welche mit der Privatstiftung kontrahiert hat.

³² Siehe im Einzelnen R. Briem, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, ZUS 2012, 60 (65); ders., GesRZ 2017, 69 (70); H. Torggler, GesRZ 2017, 337 (338), wonach diese Auffassung „nicht unplausibel“ sei.

³³ Bei der GmbH fällt der Entlastungsbeschluss unter das Stimmverbot des § 39 Abs 4 GmbHG.

³⁴ Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 125 Rz 15.

³⁵ Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 125 Rz 22.

³⁶ OGH 28.8.2013, 6 Ob 88/13d.

³⁷ Siehe nochmals Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 125 Rz 22.

³⁸ Kritisch zum Führerprinzip R. Briem, Auswirkungen der jüngsten OGH-Judikatur auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen, PSR 2010, 56 (57).

³⁹ OGH 31.7.2015, 6 Ob 196/14p.

⁴⁰ OGH 23.6.2017, 6 Ob 221/16t.

GesRZ-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



**ONLINE
BIS JAHRESENDE
GRATIS**

BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

GesRZ-Jahresabo 2019 inkl. Onlinezugang und App
(48. Jahrgang 2019, Heft 1-6)

EUR 186,-

Onlinezugang ab dem Zeitpunkt der Bestellung bis 31.12.2018 gratis. Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort E-Mail

Telefon (Fax) Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01 24 630-53

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden.
AGB: www.lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: www.lindeverlag.at/datenschutz

Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet.
Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abstelllinks in jedem zugesandten Newsletter widerrufen werden.

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

www.lindeverlag.at | office@lindeverlag.at | Fax: 01 24 630-53

Linde