

Familienstiftung und Unternehmensnachfolge

„Einbringung“ von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung

Zivilrechtliche Aspekte zur Übertragung von Aktien und GmbH-Anteilen an Privatstiftungen

VON MMAG. DR. GERHARD HOCHEDLINGER, E.M.L.E.*)

Gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 PSG darf eine Privatstiftung keine gewerbsmäßige Tätigkeit ausüben, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht. Die Privatstiftung darf demnach – von hier nicht weiter zu erörternden Ausnahmen abgesehen¹⁾ – nicht selbst Träger eines Unternehmens sein. Sehr wohl aber kann die Stiftung Anteile an einer Gesellschaft halten, die ihrerseits ein Unternehmen betreibt. Während also das PSG „unmittelbare“ Unternehmensträgerstiftungen grundsätzlich verbietet, sind „mittelbare“ Unternehmensträgerstiftungen zulässig²⁾ und in praxi durchaus häufig. Mehr als zwei Drittel aller österreichischen Stiftungen halten Unternehmensbeteiligungen, mehr als die Hälfte des vom Verband Österreichischer Privatstiftungen geschätzten Stiftungsvermögens besteht aus solchen Beteiligungen.³⁾ Weil nun von diesen Unternehmensbeteiligungen in praxi der Großteil aus GmbH-Anteilen besteht, soll im Folgenden vor allem auf einige wesentliche zivilrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit einer Übertragung von Geschäftsanteilen an Privatstiftungen überblicksartig eingegangen werden, wobei mit der hier vorgenommenen Auflistung keineswegs ein Anspruch auf Vollständigkeit verbunden ist. Vielmehr können im Einzelfall eine Reihe weiterer Vorstellungen⁴⁾ oder Probleme zu berücksichtigen sein. Punktuell soll auch auf die „Einbringung“ von Aktien (börsennotierter) Gesellschaften eingegangen werden.

I. Motive des Stifters für die Übertragung von Geschäftsanteilen

1. Generationswechsel im Unternehmen

1.1. Keine Zerschlagung von Vermögenswerten

Die bei weitem überwiegende Anzahl der Stifter sind Unternehmer. Das mit der Errichtung der Privatstiftung von den Stiftern angestrebte Ziel ist dabei vielfach der Zusammenhalt und Fortbestand des Unternehmens. Weil das österreichische Erb- und Pflichtteilsrecht – anders als das Eherecht zumindest im Hinblick auf Unternehmen (vgl. § 82 Abs. 1 Z 3 und 4 EheG) – vor einer Zerschlagung von Vermögenswerten bei einem Generationswechsel nicht Halt macht, ist die Errichtung einer Privatstiftung oftmals der einzige Ausweg, den Bestand eines Unternehmens langfristig zu sichern. In diesem Sinne wird die österreichische Privatstiftung seit jeher (auch) als Instrument der Unternehmensnachfolge verstanden und entsprechend beworben.⁵⁾

*) MMag. Dr. Gerhard Hochedlinger ist Rechtsanwalt in Wien.

1) So weist etwa Csoklich darauf hin, dass es einer Privatstiftung infolge § 1 Abs. 2 Z 1 PSG nicht verwehrt sein kann, Eigentümer eines Unternehmens als solches (mithin nicht bloß einer Gesellschaft als Unternehmensträger) zu sein, wenn das der Stiftung gewidmete Unternehmen verpachtet wird (und der Pachtzins zur Erfüllung des Stiftungszwecks verwendet wird) (vgl. Csoklich, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, 22). Ratio legis des § 1 Abs. 2 PSG sind weniger Haftungsfragen als vielmehr die Erwägung, dass „die Stiftung nicht selbst ‚Marktteilnehmer‘ sein darf.“ (C. Fries, Offene Fragen des Privatstiftungsrechts, ecoloex 1993, 741). Regelfall in der Praxis ist freilich das Halten „lediglich“ von Anteilen an einem Unternehmensträger.

2) Beachte jedoch § 1 Abs. 2 Z 3 PSG, wonach eine Privatstiftung nicht persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft des Handelsrechts oder einer EEG sein darf.

3) Kraus, Richtig Stiften, 19.

4) Überblicksartig hiezu z. B. Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 1 Rz. 18.

5) Vgl. z. B. Hasch in Hasch Spohn Richter & Partner, Unternehmensnachfolge, 326 ff.

1.2. Minderjährige Erben

Erwartet oder befürchtet der Unternehmer, dass dessen Erben zum Zeitpunkt seines Ablebens noch minderjährig sind, so hätte ein Übergang der Geschäftsanteile auf den bzw. die minderjährigen Erben zur Folge, dass im Unternehmen Entscheidungen der Gesellschafter vielfach nicht ohne Zustimmung des Pflsgerichts getroffen werden können. Dass dergleichen mitunter eine „Lähmung“ des Geschäftsbetriebs zur Folge haben kann, braucht hier nicht weiter erörtert zu werden. Steht hingegen das Unternehmen bereits im Vermögen einer Privatstiftung, so kann es weiterhin flexibel und marktorientiert vom Vorstand geführt werden.⁶⁾

1.3. Professionelle Geschäftsführung

Zuweilen mögen Unternehmer den Weg der „Einbringung“ von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung als Alternative zum Erbweg einfach deswegen wählen, weil die potentiellen Erben als Gesellschafter „ungeeignet“ oder an einer Fortführung des Unternehmens nicht interessiert sind. Eine Privatstiftung als (mittelbare) Unternehmensträgerstiftung ist in diesen Fällen oft dergestalt konzipiert, dass der Stiftungsvorstand als Eigentümervertreter eine geeignete Geschäftsführung für das Beteiligungsunternehmen einsetzt und die Stiftung als (Allein-)Gesellschafter die Gewinne des Unternehmens lukriert, die sodann – nach den Vorgaben des Stifters in der Stiftungserklärung – von der Stiftung an deren Begünstigte ausgeschüttet werden (können).⁷⁾

1.4. Schutz vor feindlichen Übernahmen

Der „Gang in die Privatstiftung“ als Alternative zur Überlassung des Unternehmens an wenig interessierte Erben mag mitunter auch vor – aus Sicht des Stifters – „feindlichen“ Übernahmen schützen.⁸⁾ Nicht selten lassen sich nämlich Erben in der zweiten oder dritten Generation, die schon allein emotional weniger mit dem Unternehmen verbunden sind, relativ leicht dazu verleiten, ihre ererbten Anteile an Bestbieter zu veräußern.⁹⁾ Die Problematik von Scheinanboten im Zusammenhang mit der Ausübung von Vorkaufsrechten, die etwa im Gesellschaftsvertrag einer GmbH zum Schutz von Mitgesellschaftern vor Anteilsveräußerungen an unliebsame Dritte (z. B. Mitbewerber) verankert sind, stellt sich damit von vornherein nicht.¹⁰⁾

2. Familienrechtliche Überlegungen

2.1. Umgehung von Unterhaltspflichten?

Unterhaltsrechtliche Ansprüche können nach höchstgerichtlicher Judikatur mittels Errichtung einer Privatstiftung nicht umgangen werden. Bei Errichtung einer Privatstiftung und anschließender Vermögenswidmung¹¹⁾ kann der Stifter nicht damit argumentieren,

⁶⁾ Freilich wäre auch eine Stiftung von Todes wegen (§ 8 PSG) denkbar. Ein Nachteil dieses Rechtsinstituts ist jedoch, dass eine Privatstiftung von Todes wegen nur einen Stifter haben kann (§ 3 Abs. 1 PSG), weswegen die in praxi oft gewünschte Variante einer „Generationenstiftung“ (vgl. dazu weiter unten) ausscheidet.

⁷⁾ Vgl. Kraus, Richtig Stiften, 20.

⁸⁾ Zum „Gedanken der Familienbindung von Vermögen“, der im „geradezu außergewöhnlichen Erfolg der Privatstiftung“ zum Ausdruck kommt, vgl. Schauer, Ist das Pflichtteilsrecht noch zeitgemäß?, NZ 2001, 73. Ähnl. Egermann/Reidlinger, eoclex 2001, 56.

⁹⁾ Vgl. dazu Kraus, Richtig Stiften, 19 f.

¹⁰⁾ Die Praxis, dass bei einer Anteilsübertragung der Veräußerer und der Erwerber kollusiv dergestalt zusammenwirken, dass dem Vorkaufsberechtigten ein besonders hoher Kaufpreis genannt wird, damit dieser auf die Ausübung seines Vorkaufsrechts verzichtet, de facto aber zwischen den Parteien des Kaufvertrags letztlich ein geringerer Kaufpreis fließt, ist rechtlich freilich unzulässig (und strafrechtlich regelmäßig als Betrug anzusehen), für den hintergangenen Vorkaufsberechtigten jedoch oft schwer durchschaubar (und va. beweisbar). Vgl. dazu ausf. Reich-Rohrwig, Übertragung vinkulierter Anteile, eoclex 1994, 757.

¹¹⁾ Freilich besteht auch die Möglichkeit, das Mindestvermögen (vgl. § 4 PSG) gleich in Form von Geschäftsanteilen aufzubringen. Zur Vermeidung einer Gründungsprüfung (vgl. § 11 PSG) erfolgen in der Praxis jedoch zumeist Bargründungen mit anschließender Nachstiftung von Unternehmensanteilen.

er besäße nun weder über nennenswertes Vermögen noch – weil in der Stiftungsurkunde eben nicht vorgesehen – einen Rechtsanspruch auf Begünstigungen, alle Gewinne des gestifteten Unternehmens kämen ausschließlich der Privatstiftung als Gesellschafterin zu. Unter Bezugnahme auf den Anspannungsgrundsatz hat nämlich der OGH dargelegt, dass „bei sorgfaltswidriger Verwendung des Vermögensstammes ... auch hypothetisches Vermögen in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen“ ist.¹²⁾

2.2. Die Privatstiftung als Instrument zur Vermögensverschiebung vor der Ehescheidung?

Im Scheidungsfall ist wohl auch im Zusammenhang mit Privatstiftungen die Bestimmung des § 91 Abs. 2 EheG zu beachten, wonach – um Missbräuche, Umgehungen und Manipulationen bei der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse zu verhindern – das, was von einem Ehegatten in ein Unternehmen eingebracht oder sonst für ein Unternehmen verwendet worden ist, ohne zeitliche Befristung (jedoch unter Berücksichtigung, inwieweit jedem Ehegatten durch die besagte Einbringung bzw. Verwendung Vorteile entstanden sind) in die Aufteilung einzubeziehen ist. Hintergrund der Bestimmung ist die grundsätzliche Nichteinbeziehung von Unternehmen in die Vermögensaufteilung im Scheidungsfall (vgl. § 82 Abs. 1 Z 3 und 4 EheG). Wenngleich nun eine Privatstiftung kein Unternehmen darstellt, spricht doch vieles für eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 91 Abs. 2 EheG auf Privatstiftungen, zumal auch Vermögen, das im Eigentum einer Privatstiftung steht, grundsätzlich nicht der Aufteilung im Scheidungsfall unterliegt. Ebenso wie bei einem im Eigentum eines Ehegatten stehenden Unternehmen besteht auch bei einer Stiftung, die lediglich ein Ehegatte errichtet hat, die Gefahr von Vermögensverschiebungen zu Lasten des anderen Ehegatten.¹³⁾

Das Unternehmen an sich bzw. Anteile an einem Unternehmen, sofern es sich nicht um „bloße Wertanlagen“ handelt, sind jedoch infolge § 82 Abs. 1 Z 3 und 4 EheG von der Aufteilung im Scheidungsfall ausgenommen; *argumento a minori ad maius* sollten daher Geschäftsanteile erst recht nicht der Aufteilung nach § 81 EheG unterliegen, wenn sie vom Eigentümer in eine Stiftung eingebracht wurden. Die Errichtung einer Privatstiftung, um eine „Zerschlagung“ des Unternehmens infolge Ehescheidung zu verhindern, ist so gesehen in der Regel nicht notwendig.

Fazit: Einer Privatstiftung zugewendete Geschäftsanteile unterliegen, sofern diese nicht als „bloße Wertanlage“¹⁴⁾ anzusehen sind, im Scheidungsfall nicht der Aufteilung des ehelichen Vermögens bzw. der ehelichen Ersparnisse; sonstige Vermögensverschiebungen sind indes in die Aufteilung einzubeziehen. Diesbezüglich ist im Übrigen nicht nur auf die vorhin genannte Bestimmung des § 91 Abs. 2 EheG, sondern auch auf Abs. 1 leg. cit. Bedacht zu nehmen, wonach im Scheidungsfall jene Werte bei der Aufteilung berücksichtigt werden müssen, um die ein Ehepartner ohne Zustimmung des anderen in den letzten beiden Jahren vor der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft das eheliche Gebrauchsvermögen und die ehelichen Ersparnisse verringert hat, sofern diese

¹²⁾ OGH 23. 11. 2000, 2 Ob 295/00x in EFSlg. 91.858 = EFSlg. 91.859 = EFSlg. 91.862 = RZ-EÜ 2001/25. Vgl. dazu *Hochedlinger*, 10 Jahre PSG – gelöste und ungelöste Fragen, GeS 2003, 478; *Briem*, Aktuelle Judikatur zum Privatstiftungsgesetz, SWK-Heft 35/36/2002, Seite W 166.

¹³⁾ *Csoklich*, Privatstiftung und Scheidung, RdW 2000, 404. Vgl. aber OGH 23. 8. 2001, 6 Ob 180/01s in JBl 2002, 176 = *ecolex* 2002/1: „Mehrere Bestimmungen (§§ 951, 785 ABGB, § 91 Abs. 1 EheG) sehen die Anrechnung von Vermögensminderungen ohne das Erfordernis einer Umgehungsabsicht ... vor. Die Anrechnung ist aber befristet.“

¹⁴⁾ Zum Begriff der „bloßen Wertanlage“ im gegebenen Zusammenhang vgl. insb. *Edbacher*, Das Unternehmen in der scheidungsrechtlichen Vermögensaufteilung, in FS Wagner, 106 ff. Die Erläut. des Gesetzgebers führen hierzu aus, es werde im Allgemeinen darauf ankommen, ob mit dem Unternehmensanteil auch eine Mitwirkung an der Unternehmensführung oder doch ein maßgebender Einfluss darauf gegeben ist (916 BlgNR 14. GP 14). F. *Bydlinski* wirft hierauf die Frage auf, ab welchem Hundertsatz Aktienbesitz zu unternehmerischem Vermögen wird (F. *Bydlinski*, Zur Neuordnung des Ehegüterrechts, in FS Schwind, 48).

Verfügung mit dem bisherigen Lebenswandel im auffallenden Missverhältnis steht. Letzteres wird bei Errichtung einer Privatstiftung – ebenso wie Nachstiftungen – wohl in aller Regel der Fall sein. Ebenso wie die Frist des § 785 Abs. 3 ABGB (vgl. dazu weiter unten) soll auch hier die Zweijahresfrist erst dann bereits mit der Stiftungserrichtung zu laufen beginnen, wenn sich der (letztbegünstigte) Stifter nicht das Widerrufsrecht nach § 34 PSG vorbehalten hat.¹⁵⁾

3. Die Privatstiftung als „Zünglein an der Waage“ in der Generalversammlung

Auch bei bereits „verunglückten“ Unternehmensübergaben können Stiftungen der Bereinigung von Konfliktsituationen dienlich sein. Im Falle etwa, dass Geschäftsanteile an zwei Nachfolger zu jeweils 50 % übergeben wurden und die beiden gleichberechtigten Gesellschafter bei (gewissen strategischen) Fragen stets unterschiedliche Vorstellungen haben, wäre es denkbar, eine Privatstiftung als „Schiedsrichter“ („Stiftung als Zünglein an der Waage“) einzusetzen.¹⁶⁾ Voraussetzung hierfür ist freilich zum einen, dass die beiden Unternehmensnachfolger jeweils einen Teil ihrer Geschäftsanteile in eine Stiftung einbringen, sowie zum anderen, dass sie sich auf einen gemeinsamen Stiftungsvorstand einigen.¹⁷⁾ Der von den Stiftern gemeinsam bestellte Stiftungsvorstand wird nun in der Generalversammlung des Beteiligungsunternehmens als Vertreter der Privatstiftung stimmenmäßig den Ausschlag geben. Lähmende Pattstellungen können so vermieden werden. Das Ausmaß der in die Stiftung einzubringenden Anteile wird davon abhängen, ob auch bei Abstimmungspunkten, in denen eine qualifizierte Mehrheit gesetzlich bzw. gesellschaftsvertraglich erforderlich ist, ein Nachfolgeunternehmer gemeinsam mit der Privatstiftung gegenüber dem anderen seine Meinung durchsetzen können soll.

4. „Absicherung des bisher Erreichten“

Für viele Stifter ist die „Absicherung des bisher Erreichten“ geradezu das Hauptmotiv für die Errichtung einer Privatstiftung. Von einer wirklichen „Absicherung“ kann aber nur dann gesprochen werden, wenn gewährleistet ist, dass die Stiftung auch für etwaige Privatgläubiger des Stifters (weitgehend) „unangreifbar“ ist. Weil etwa die Anfechtungsfristen nach der AnfO oder – wenn der Stifter in Konkurs verfällt – nach §§ 27 ff. KO nach h. A. nicht zu laufen beginnen, solange sich der Stifter das Recht auf Widerruf nach § 34 PSG vorbehalten hat, wird in der Literatur zuweilen empfohlen, einen entsprechenden Widerrufsverzicht in die Stiftungsurkunde aufzunehmen, damit die Errichtung der Privatstiftung als solche für Privatgläubiger des Stifters nicht unbefristet anfechtbar bleibt. Das u. U. pfändbare Änderungsrecht könnte im Einzelfall an die Zustimmung eines Dritten gebunden werden.¹⁸⁾ Wird die Stiftungserklärung erst nachträglich im Sinne einer exekutionssicheren Ausgestaltung geändert, so ist zu beachten, dass eine gläubigerbenachteiligende Änderung u. U. eine anfechtbare Rechtshandlung darstellen kann.¹⁹⁾

¹⁵⁾ Ausf. dazu *Csoklich*, RdW 2000, 403.

¹⁶⁾ Vgl. *Hasch* in *Hasch Spohn Richter & Partner*, Unternehmensnachfolge, 332.

¹⁷⁾ Stiftungsrechtlich möglich ist freilich auch eine sinngemäße Anwendung einer in Schiedsklauseln üblichen Variante, dass jeder der beiden Stifter je ein Vorstandsmitglied bestellt und sodann diese beiden Vorstandsmitglieder gemeinsam das gesetzlich gebotene dritte Mitglied für den Vorstand (vgl. § 15 Abs. 1 PSG) ernennen.

¹⁸⁾ Ausf. dazu *Hochedlinger/Hasch*, ‚Exekutionssichere‘ Gestaltung von Stiftungserklärungen, RdW 2002/190. Die Konstruktion, die Ausübung stifterlicher Gestaltungsrechte an die Zustimmung eines Dritten, etwa des Stiftungsvorstands, zu knüpfen, wurde vom OLG Linz ausdrücklich für zulässig erklärt (OLG Linz 13. 12. 2001, 6 R 206/01h). Will der Stifter – aus welchen Gründen immer – später sein ihm lediglich gemeinsam mit einem Dritten vorbehaltenes Gestaltungsrecht (wieder) alleine (d. h. ohne etwa der Zustimmung des Stiftungsvorstands) ausüben können, so ist hierfür eine Änderung der Stiftungsurkunde notwendig, die freilich der Zustimmung des entsprechenden Dritten bedarf (vgl. hierzu *Hochedlinger*, Verzicht lediglich eines Mitstifters auf gemeinsam vorbehaltenes Änderungsrecht möglich?, *ecolex* 2004, Heft 11 [bei Redaktionsschluss im Druck]).

¹⁹⁾ Vgl. *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, 141.

Überträgt der Stifter mit seinen Unternehmensanteilen (nahezu) sein gesamtes Vermögen der Privatstiftung, so ist im gegebenen Zusammenhang auch auf die Bestimmung des § 1409 ABGB Bedacht zu nehmen, wonach die Stiftung allenfalls eine „Erwerbhaftung“ trifft. Das von der Privatstiftung erworbene Vermögen stellt insofern einen Haftungsfonds für die Gläubiger des Stifters dar.²⁰⁾

5. Sonstiges Dem eben skizzierten „Modell“ der „exekutionssicheren“ Privatstiftung liegt die Vorstellung zu Grunde, dass der Stifter mit der Privatstiftung neben seinem eigenen Vermögen eine zweite – vom Stifter (lediglich) formell getrennte²¹⁾ – Vermögensmasse kontrolliert und beherrscht. Ganz in diesem Sinne (d. h. nicht länger der Stifter, sondern „dessen“ Privatstiftung hält alle oder einen Teil der Geschäftsanteile) wurde und wird in der Praxis mit der Errichtung einer Privatstiftung auch immer wieder versucht, Restriktionen des Kartell- oder Eigenkapitalersatzrechts zu umgehen (zur Problematik der in solchen Fällen notwendigen inhaltlichen Ausgestaltung der Stiftungsurkunde vgl. weiter unten).

II. Probleme bei der Übertragung von Geschäftsanteilen an eine Privatstiftung

1. *Insichgeschäft des Stiftungsvorstands*

Solange der Stifter oder dessen nahe Angehörige nicht zum Kreis der Begünstigten der Privatstiftung zählen, kann auch der Stifter selbst Mitglied des Stiftungsvorstands sein (vgl. § 15 Abs. 2 PSG). Soll nun eine Nachstiftung, etwa von Geschäftsanteilen, durch den Stifter erfolgen, so darf nicht übersehen werden, dass – wenn die Privatstiftung keinen Aufsichtsrat hat – gemäß § 17 Abs. 5 PSG Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Mitglied des Stiftungsvorstands der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Gerichts bedürfen.²²⁾ Nicht nur ein Anteilskauf durch die Stiftung, sondern auch eine Nachstiftung unter Lebenden ist ein zweiseitiger Vertrag, der die Annahme der Privatstiftung voraussetzt.²³⁾

2. *Pflichtteilsrecht und Widerrufsvorbehalt*

Wenn der Unternehmer neben seinen Geschäftsanteilen über kaum nennenswertes Vermögen verfügt (was in praxi oft der Fall ist),²⁴⁾ stellt sich bei einem „Generationswechsel“ häufig das Problem der Belastung, ja mitunter gar der Zerschlagung des Unternehmens wegen erbrechtlicher Pflichtteilsansprüche. Wenngleich es heute anerkannt ist, dass die Privatstiftung keinerlei erb- oder pflichtteilsrechtliche Privilegierung genießt, mithin Ansprüche von Noterben durch Errichtung einer Privatstiftung nicht umgangen werden können,²⁵⁾ vermag eine Übertragung der Geschäftsanteile an eine Privatstiftung u. U. dennoch Abhilfe gegen eine Zerschlagung des Unternehmens infolge Erbgang zu schaffen;²⁶⁾ dies aber freilich nur bei entsprechender Ausgestaltung der Stiftungserklärung: Zu beachten ist v. a., dass gemäß § 785 ABGB bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs auf Verlangen eines pflichtteilsberechtigten Kindes oder des pflichtteilsberechtigten Ehegatten Schenkungen des Erblassers an nicht pflichtteilsberechtigten Personen, die dieser in den letzten beiden Jahren vor seinem Ableben getätigt hat, in

²⁰⁾ Vgl. dazu z. B. *Karollus*, Gläubigerschutz bei der Privatstiftung, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis, 39; *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 34 Rz. 1; *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters, 125 ff.

²¹⁾ Zum Grundsatz der Sphärentrennung vgl. z. B. *Eiselsberg*, Grundsatzüberlegungen und nachträgliche Betrachtungen zum Privatstiftungsgesetz, SWK-Heft 21/1999, Seite S 467.

²²⁾ Näher dazu *N. Arnold*, PSG-Kommentar § 17 Rz. 92 ff.

²³⁾ Vgl. OGH 13. 9. 2001, 6 Ob 189/01i in RdW 2002/83 = GesRZ 2002, 212 = wbl 2002/93 = EvBl 2002/24. Dazu *Torggler*, Zur Vermögenswidmung in der Stiftungszusatzurkunde, GesRZ 2002, 171.

²⁴⁾ *Kraus*, Richtig Stiften, 19.

²⁵⁾ *B. Judd*, Privatstiftung und Pflichtteilsdeckung, in FS Welser, 370 m. w. N.

²⁶⁾ *Kalss* spricht etwa davon, dass die Privatstiftung eine Möglichkeit biete, „die allgemeinen erbrechtlichen Bestimmungen zu unterlaufen (nicht zu umgehen).“ (*Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG Einl Rz. 34).

Anschlag zu bringen sind. Obwohl Vermögenszuwendungen an Privatstiftungen keine Schenkungen im technischen Sinn darstellen, sind sie aber doch unentgeltliche Geschäfte, auf die die Bestimmung des § 785 ABGB analog anzuwenden ist. Der Stifter muss daher, will er die Rechtsfolgen des § 785 ABGB vermeiden, die „Einbringung“ der Geschäftsanteile in die Privatstiftung um zumindest zwei Jahre „überleben“ (§ 785 Abs. 3 ABGB analog). Hat sich der Stifter indes das Widerrufsrecht nach § 34 PSG vorbehalten²⁷⁾ (und ist der Stifter Letztbegünstigter i. S. v. § 6 PSG) so ist zu beachten, dass die Vermögenszuwendung an die Stiftung diesfalls als noch nicht endgültig „gemacht“ gilt, was zur Folge hat, dass die genannte Zweijahresfrist nach h. A. nicht zu laufen beginnt.²⁸⁾ Ein Verzicht auf das allenfalls vorbehaltene Widerrufsrecht mag sich daher aus erbrechtlichen Gründen empfehlen.²⁹⁾

Weil Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Erben unbefristet anrechenbar sind, nützt ein Verzicht auf das Widerrufsrecht aber in dem Fall nichts, wenn etwa (unmittelbar) nach dem Stiftungsakt nach dem (nachweislichen) Willen des Stifters Stiftungsvermögen an einen bestimmten pflichtteilsberechtigten Erben als Begünstigung auszuschütten ist.³⁰⁾ Ein solcher Vorgang wäre nämlich wirtschaftlich betrachtet nichts anderes als eine unmittelbare Schenkung des Stifters an einen Pflichtteilsberechtigten, für die die Zweijahresfrist des § 785 Abs. 3 ABGB von vornherein nicht von Relevanz ist.³¹⁾ Wegen rechtsmissbräuchlicher Umgehung der ansonsten unbefristeten Anrechnung von Schenkungen wären diesfalls Ansprüche der verkürzten Pflichtteilsberechtigten sowohl gegen die Stiftung als auch gegen den Empfänger der Zuwendung denkbar.³²⁾

3. Aufgriffs- und Vorkaufsrechte Dritter

Für den Fall, dass der Stifter nicht alleiniger Eigentümer sämtlicher GmbH-Anteile ist, ist im Zuge der Anteilsübertragung – wie bei jedem anderen Share Deal auch – auf die Einhaltung allfälliger gesellschaftsvertraglicher Beschränkungen im Hinblick auf die Verfügung der Geschäftsanteile zu achten.³³⁾ GmbH-Geschäftsanteile sind zwar nach der gesetzlichen Grundkonzeption frei übertragbar, doch kann die Übertragung von Anteilen von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden (vgl. § 76 Abs. 2 GmbHG).³⁴⁾ Auch können die Gesellschafter Vorkaufs- und Aufgriffsrechte vereinbaren, wobei gesellschaftsvertragliche Vinkulierungen absolut wirken, sodass (zumindest) das Verfügungsgeschäft bei Zuwiderhandeln rechtsunwirksam ist.³⁵⁾ Aufgriffsrechte, die außer-

²⁷⁾ Statistisch gesehen findet sich ein Widerrufsvorbehalt bei mehr als 75 % aller österreichischen Privatstiftungen (N. Arnold/Ludwig, Exit- und Umgründungsszenarien bei Privatstiftungen, in Kathrein & Co, Stiftungsservice 2004 H 5, 7; N. Arnold, Ausübung der Gestaltungsrechte eines Stifters durch seinen Sachwalter, GeS 2003, 481 f.).

²⁸⁾ Vgl. Schauer, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 252; ders., Privatstiftung und Erbrecht, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis, 30.

²⁹⁾ Ausf. dazu Hochedlinger/Hasch, RdW 2002/190. U. U. vermag der Stifter dem Pflichtteilsanspruch seines Angehörigen auch dadurch entsprechen, indem er diesen als Begünstigten der Privatstiftung einsetzt. Dass dergleichen jedenfalls eine besondere inhaltliche Ausgestaltung der Stiftungserklärung voraussetzt, hat Schauer aufgezeigt (vgl. Schauer, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, a. a. O. 31 ff.). Ausf. dazu auch B. Jud in FS Welser, 370 m. w. N.

³⁰⁾ Vgl. aber OGH 23. 8. 2001, 6 Ob 180/01s in JBl 2002, 176 = ecolex 2002/1 = EFSlg. 96.976 = EFSlg. 96.993, in der eine analoge Anwendung des § 785 ABGB u. a. damit verneint wurde, dass der Stifter nach den dort getroffenen Feststellungen keinen Einfluss auf die Bestimmung des Begünstigten gehabt hatte.

³¹⁾ Vgl. Schauer, NZ 1993, 256 ff.; ausf. dazu zuletzt B. Jud in FS Welser, 369.

³²⁾ Vgl. OGH 19. 12. 2002, 6 Ob 290/02v in ecolex 2003/129 (B. Jud) = NZ 2003/49 = EvBl 2003/81 = EFSlg. 100.595 = EFSlg. 100.599 = EFSlg. 100.601.

³³⁾ Vgl. dazu Fantur/Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile, ecolex 2000, 428; Reich-Rohrwig, ecolex 1994, 757. Die Übertragung von Kommanditanteilen bedarf, anders als etwa bei der GmbH, bereits nach der gesetzlichen Grundkonzeption (d. h. sofern nicht zwischen den Gesellschaftern der Kommandit[erwerbs]gesellschaft anders vereinbart) der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter.

³⁴⁾ Bei der Aktiengesellschaft kann die Übertragung von Namensaktien an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden werden.

³⁵⁾ Nach überwiegender Auffassung (vgl. dazu M. Tichy, Syndikatsverträge, 76 m. w. N.) ist auch das Verpflichtungsgeschäft unwirksam; a. A. jedoch OGH 30. 9. 1959 (HS 350/43).

halb des Gesellschaftsvertrags in bloßen Nebenvereinbarungen (Syndikatsvereinbarungen) – wenn auch in Notariatsaktsform – verankert sind, wirken nach h. A. i. d. R. bloß obligatorisch,³⁶⁾ d. h. dass eine vereinbarungswidrig dennoch erfolgte Abtretung zwar grundsätzlich wirksam ist, jedoch schadenersatzrechtliche Ansprüche nach sich ziehen kann. Unwirksam ist indes eine kollusive Anteilsübertragung,³⁷⁾ mithin ein sittenwidriges Zusammenspiel zwischen übertragendem Stifter und erwerbender Privatstiftung, wobei – außer dem Stiftungsvorstand ist die obligatorische Bindung des Stifters nicht bekannt – bei einer (syndikats)vertragswidrigen Anteilsübertragung des Stifters an „seine“ Privatstiftung zumindest ein der Kollusion gleichzusetzendes Verhalten in aller Regel vorliegen wird.

4. Absicherung des Familieneinflusses

Wie eingangs aufgezeigt, kommt eine ganze Reihe an Motiven für eine Übertragung von Geschäftsanteilen an eine Privatstiftung in Frage. Vielfach ist es aber ein Wunsch des Stifters, auch noch nach dem „Einbringungsvorgang“ Einfluss auf die Gesellschaft nehmen zu können.

Das österreichische Privatstiftungsrecht hält insbesondere mit der Möglichkeit des Vorbehalts eines Änderungs- bzw. Widerrufsrechts Instrumente bereit, mit denen der Stifter auch noch nach dem Stiftungsakt z. T. erheblichen Einfluss auf die Privatstiftung – und damit auf das Beteiligungsunternehmen – nehmen kann. In Literatur und Judikatur findet sich die Formulierung, der Vorbehalt eines Änderungs- bzw. Widerrufsrechts diene der Wahrung „verlängerter Eigentümerinteressen.“³⁸⁾ Weitgehend strittig ist indes, inwieweit ein nicht im Stiftungsvorstand vertretener Stifter abseits besagter Gestaltungsrechte Einfluss auf diesen nehmen kann.³⁹⁾ Diskutiert werden in diesem Zusammenhang etwa Weisungen an den Vorstand, ebenso Zustimmungsvorbehalte für bestimmte Geschäfte, sowie die Kompetenz, den Stiftungsvorstand jederzeit – auch ohne Vorliegen eines wichtigen oder sachlichen Grundes – vorzeitig abzuberufen.⁴⁰⁾ Bei einer allzu starken Einflussnahme auf den Stiftungsvorstand (ohne dass der Stifter selbst Vorstandsmitglied wäre⁴¹⁾) bewegt man sich bei der Gestaltung der Stiftungserklärung mitunter in einem „Graubereich“; fest steht jedoch, dass der Vorstand jedenfalls nicht zum „bloßen Vollzugsorgan“ des Stifters degradiert werden darf.⁴²⁾ Weil eine so genannte „kontrollierte Privatstiftung“⁴³⁾ aber mitunter im Hinblick auf diverse Stifterinteressen schädlich ist, wird heute vielfach ohnehin keine „Beherrschung“ der Stiftung bzw. deren operativen Geschäfts durch den Stifter angestrebt. Gewünscht ist des Öfteren die „Gratwanderung“ (wenn nicht „Quadratur des Kreises“) der Möglichkeit der Einflussnahme, ohne dass die der Stiftung gewidmeten Anteile nach wie vor dem Stifter zugerechnet werden (näher

³⁶⁾ Zur korporativen Direktwirkung von Syndikatsverträgen vgl. M. Tichy, Syndikatsverträge, 150 ff.; ders., Syndikatsvertrag als Beschlussanfechtungsgrund, *ecolex* 2000, 204.

³⁷⁾ Vgl. *Fantur/Zehetner*, *ecolex* 2000, 432 f.

³⁸⁾ Vgl. OGH 27. 5. 2004, 6 Ob 61/04w; *Diregger/Winner*, Fragen der Gestaltungsfreiheit im Privatstiftungsrecht, in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 116; *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 33 Rz. 22.

³⁹⁾ Allgemein zu den Stifterrechten z. B. *Nowotny*, Stifterrechte – Möglichkeiten und Grenzen, JBI 2003, 778 ff.

⁴⁰⁾ Überblickartig dazu *Reich-Rohrwig/Größ*, Zur Abberufung des Stiftungsvorstands, *ecolex* 2003, 103 m. w. N.; *Hochedlinger*, *GeS* 2003, 475 f. m. w. N.

⁴¹⁾ Ist der Stifter selbst Mitglied des Stiftungsvorstands (vgl. aber § 15 Abs. 2 PSG), so soll eine „Dominanz des Stifters“ selbst im Sinne eines „Führerprinzips“ zulässig sein (d. h. einem Vorstandsmitglied wird de facto ein Alleinentscheidungsrecht eingeräumt; vgl. hiezu z. B. *Hochedlinger* in *Hasch & Partner*, PSG-Kurzkommentar, 135 f. unter Verweis auf OLG Wien 31. 5. 1999, 28 R 244/98b in *GesRZ* 1999, 259 = wbl 2000/113 = *ecolex* 1999, 694 = NZ 2000, 120).

⁴²⁾ Vgl. z. B. OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v in RdW 2001/502 = wbl 2002/94 = *ecolex* 2003/51 = *GesRZ* 2002, 27 (Anm. dazu *Hochedlinger*, Personengesellschaften als Stifter, RdW 2004/46).

⁴³⁾ Vgl. dazu *Krejci*, Die Aktiengesellschaft als Stifter, 57 ff.; *Hochedlinger*, Privatstiftungen im Lichte des EKEG, *GesRZ* 2004, Heft 6, 372 ff.; *Zollner*, Die kontrollierte Privatstiftung aus gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Sicht, *GesRZ* 2003, 280 ff.

dazu weiter unten). In manchen Fällen kann der Weg aus diesem Dilemma aber auch einfach dergestalt aussehen, dass sich der Stifter einen (kleinen) Teil der Geschäftsanteile zurückbehält (und erst im Erbwege aufgrund eines Testaments der Privatstiftung zukommen lässt) und aufgrund von Sonderrechten (Mehrfachstimmrecht, Recht auf Geschäftsführung etc.) als Minderheitsgesellschafter weiterhin die GmbH beherrscht.

5. Minderjährige Stifter

Dass minderjährige Gesellschafter schon allein wegen laufender pflegschaftsgerichtlicher Genehmigungen dem Geschäftsbetrieb eines Unternehmens nicht dienlich sind, wurde bereits ausgeführt. Soll einer solchen Situation durch Errichtung einer Privatstiftung und „Einbringung“ der Geschäftsanteile in diese begegnet werden, bedarf der Stiftungsakt der Vertretung bzw. Zustimmung beider obsorgeberechtigter Elternteile und der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung.⁴⁴⁾

Soll eine „Generationenstiftung“ errichtet werden, indem der Unternehmer und Alleingesellschafter gemeinsam mit seinen (minderjährigen) Kindern eine Privatstiftung errichtet und dieser seine Geschäftsanteile widmet, so darf nicht übersehen werden, dass diesfalls – d. h. auch wenn die minderjährigen Stifter selbst kein eigenes Vermögen stiften – zusätzlich die Bestellung eines Kollisionskurators nötig ist.⁴⁵⁾ Grund für die Mitbeziehung der Kinder als Stifter ist vielfach, dass der Stifterkreis nach h. A. nicht im Nachhinein erweiterbar ist⁴⁶⁾ und die stifterlichen Gestaltungsrechte nach §§ 33 f. PSG höchstpersönlicher Natur und daher nicht übertragbar – auch nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (Erbweg) – sind.⁴⁷⁾ Den Stifterkreis möglichst weit zu fassen, empfiehlt sich u. U. auch aufgrund der Überlegung, dass z. B. auch die Kinder des Stifters später die Möglichkeit haben sollen, steuerlich begünstigt Nachstiftungen vornehmen zu können.⁴⁸⁾ Das Fehlen der Geschäftsfähigkeit, einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bzw. der Mitwirkung eines Kollisionskurators wird durch Eintragung der Stiftung in das Firmenbuch im Übrigen nicht geheilt.⁴⁹⁾

6. Change-of-Ownership-Klauseln in Verträgen

Die das Unternehmen betreffenden Vertragsverhältnisse bleiben, weil alle Vereinbarungen mit der Gesellschaft als (unmittelbarem) Unternehmensträger geschlossen wurden und grundsätzlich bloß mittelbare Unternehmensträgerstiftungen zulässig sind – anstelle des Stifters hält nunmehr die Privatstiftung die Geschäftsanteile – bei einer Übertragung von Geschäftsanteilen an die Stiftung grundsätzlich (zum „Ausnahmetatbestand“ des § 12a MRG vgl. weiter unten) unberührt, zumal lediglich ein Gesellschafterwechsel erfolgt. Anderes gilt allenfalls, wenn zwischen den Vertragsparteien Change-of-Ownership- oder Change-of-Control-Klauseln vereinbart wurden und die Übertragung von Geschäftsanteilen einen solchen „change of control“ nach sich zieht (was freilich von der Formulierung der entsprechenden Vertragsbestimmung abhängt und insbesondere bei Stiftungen, wo der Stifter „kontrollierenden Einfluss“ auszuüben imstande ist, nicht notwendigerweise der Fall sein muss). Solche Klauseln, die einem Vertragspartner i. d. R. das Recht einräumen, das Vertragsverhältnis vorzeitig einseitig aufzukündigen, wenn sich z. B. in den Eigentümerverhältnissen („change of ownership“) des anderen Vertragsteils (gravierende) Änderungen ergeben, wollen sicherstellen, dass sich auch bei den hinter

⁴⁴⁾ Vgl. N. Arnold, PSG-Kommentar § 3 Rz. 27 ff. m. w. N..

⁴⁵⁾ Vgl. OGH 29. 6. 1999, 1 Ob 56/99p in RdW 1999, 719. Vgl. auch OGH 25. 2. 1999, 6 Ob 332/98m in RdW 1999, 409 = wbl 1999/227 = RZ 1999/69 = EFSlg. 89.745; OGH 11. 3. 1999, 6 Ob 331/98i in RdW 1999, 409; OGH 28. 9. 1999, 4 Ob 231/99w in ecoloex 2000/144 = EGSig 89.910.

⁴⁶⁾ N. Arnold, PSG-Kommentar § 3 Rz. 13; Hochedlinger, RdW 2004, 69 m. w. N.

⁴⁷⁾ Vgl. Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 3 Rz. 20.

⁴⁸⁾ Vgl. Guggenberger in Hasch & Partner, PSG-Kurzkommentar, 33; ebenso Hasch in Hasch Spohn Richter & Partner, Unternehmensnachfolge, 339.

⁴⁹⁾ Vgl. Jöhler, Der Stifter, in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 141; N. Arnold, PSG-Kommentar § 3 Rz. 34.

einer Gesellschaft stehenden Personen und deren Einfluss auf die Gesellschaft nichts ändern soll. Bei einer „Einbringung“ von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung ist daher jedenfalls auch zu achten, ob die eingebrachte Gesellschaft Verträge abgeschlossen hat, die derartige Klauseln beinhalten.⁵⁰⁾

7. Mietzinsanhebung nach § 12a MRG

Gemäß § 12a Abs. 3 MRG ist der Vermieter von Geschäftsräumlichkeiten berechtigt, den Mietzins auf den angemessenen Betrag zu erhöhen, wenn der Hauptmieter des Geschäftsraumes eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft ist und sich bei dieser die rechtlichen oder wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten, etwa durch Veräußerung der Mehrheit der Anteile, entscheidend ändern. Nach höchstgerichtlicher Judikatur stellt die Übertragung von Geschäftsanteilen an eine Privatstiftung „jedenfalls die Übertragung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf einen neuen Rechtsträger, nämlich auf die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Privatstiftung dar und verwirklicht somit den Anhebungstatbestand des § 12 a Abs. 3 MRG.“⁵¹⁾ Dies gilt nach der Judikatur selbst dann, wenn sich der Stifter den Widerruf vorbehalten hat. Damit ist der OGH gegenteiligen Ansichten in der Literatur⁵²⁾ ausdrücklich entgegengetreten.⁵³⁾

8. Kartellrecht

Auch kartellrechtliche Überlegungen sind selbstverständlich insbesondere immer dann anzustellen, wenn die Stiftung bereits Anteile an anderen Gesellschaften hält.⁵⁴⁾ Hat sich der Stifter das Änderungsrecht nach § 33 PSG bzw. das Widerrufsrecht nach § 34 PSG rechtswirksam vorbehalten, so sollen die von der Stiftung gehaltenen Geschäftsanteile nach Ansicht des Kartellgerichts (mittelbar) noch dem Stifter zugerechnet werden, zumal dieser erheblichen Einfluss auf die Stiftung auszuüben imstande ist: „In einem solchen Fall ist mit dem unmittelbaren Erwerb durch die Privatstiftung ein mittelbarer Erwerb durch den Stifter gegeben (KG 10. 7. 1997, 25 Kt 204/97).“ Umgekehrt bedeutet dies freilich, dass im Verhältnis Stifter–Privatstiftung das „Konzernprivileg“ des § 41 Abs. 3 KartG zur Anwendung kommen muss, demzufolge Verschiebungen innerhalb eines Konzerns keinen Zusammenschlusstatbestand bilden.⁵⁵⁾

9. Eigenkapitalersatzrecht

Sofern eine Vermeidung des Eigenkapitalersatzrechts und dessen Konsequenzen nicht bereits das Hauptmotiv für die Errichtung einer Privatstiftung ist,⁵⁶⁾ mag eine „Einbringung“ von Geschäftsanteilen durch den Unternehmer in eine Privatstiftung zumindest den erwünschten „Nebeneffekt“ haben, dass der Unternehmer nach dem Übertragungsakt nicht mehr länger Gesellschafter ist und daher allfällige von ihm der Gesellschaft gewährte

⁵⁰⁾ Vgl. *Hasch* in *Hasch Spohn Richter & Partner*, Unternehmensnachfolge, 343.

⁵¹⁾ OGH 12. 6. 2001, 5 Ob 307/00h in RdW 2001/746 = ecolex 2001/347 = immolex 2001/175 = wobl. 2001/198; bestätigend OGH 27. 9. 2001, 5 Ob 228/01t in RdW 2002/77 = ecolex 2002/103 = wobl. 2002/36 = immolex 2002/47. Kritisch hiezu *Vonkilch*, Einbringung von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung und § 12a MRG, immolex 2001, 330.

⁵²⁾ Vgl. z. B. *Reich-Rohrwig*, Mietzinserhöhung bei Geschäftsraum-Hauptmiete, ecolex spezial 1994, 74.

⁵³⁾ Nach jüngster Judikatur (OGH 10. 2. 2004, 5 Ob 262/02v in ecolex 2004/289 = GesRZ 2004, 217 = RdW 2004/362 = wobl 2004/207 = wobl. 2004/50 = EWvR I/12a/275) soll derlei selbst dann gelten, wenn der Privatstiftung die Geschäftsanteile gar nicht übereignet werden, sondern dieser lediglich z. B. ein Fruchtgenussrecht in Bezug auf die (Mehrheit der) Anteile eingeräumt wird. Zur Abkehr des OGH von der „Machtwechseltheorie“ hin zur „Gewinnbeteiligungstheorie“ vgl. *Wilhelm*, Machtwechseltheorie adieu – Neues zur Auslegung des § 12a Abs. 3 MRG, ecolex 2004, 337; diese Rsp. abl. *Vonkilch*, Mietzinsanhebung nach § 12a MRG: 5. Senat bricht mit herrschender Rsp.!, GesRZ 2004, 121; *Schauer*, § 12a Abs. 3 ABGB [Anm.: gemeint wohl: MRG] revisited: Alles zurück zum Start?, wobl. 2004, 229; *Größ*, § 12a Abs. 3 MRG: Stolpersteine beim Abschied vom Machtwechsel, ecolex 2004, 603.

⁵⁴⁾ Ausf. dazu *Reich-Rohrwig/Zehetner*, Kartellrecht I, 271 f. m. w. N.

⁵⁵⁾ OLG Wien, 28. 9. 2000, 25 Kt 286/00 in *Hasch & Partner*, Kurzkommentar PSG, 450 = ecolex 2001/23 (*Egermann/Reidlinger*).

⁵⁶⁾ Vgl. dazu z. B. *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht, 75.

Darlehen in der Krise der Gesellschaft grundsätzlich nicht mehr als eigenkapitalersetzend charakterisiert werden können, sind dem Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) doch in erster Linie bloß Gesellschafter unterworfen. Zu beachten ist jedoch, dass einem Gesellschafter auch Personen gleichgestellt sind, die faktisch – auf welche Weise immer (z. B. auch durch „Zwischenschaltung einer Privatstiftung“) – wie ein Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, beherrschenden Einfluss auf die kreditnehmende Gesellschaft ausüben (vgl. § 5 Abs. 1 Z 3 EKEG). Gleiches gilt, wenn die Privatstiftung an der kreditnehmenden Gesellschaft i. S. v. § 5 EKEG „qualifiziert“ beteiligt ist und dem Kreditgeber lediglich Rechte – unabhängig vom de facto ausgeübten Einfluss – in Bezug auf die Privatstiftung eingeräumt wurden, die eine „Kontrolle“ über die Stiftung ermöglichen (§ 8 Z 1 EKEG). Wann nun ein solcher „beherrschender Einfluss“ des Stifters und Kreditgebers auf „dessen“ Stiftung im Einzelfall vorliegt, ist in der Literatur umstritten; ist in praxi aber tatsächlich daran gedacht, dass der Stifter nach „Einbringung“ der Geschäftsanteile noch als Kreditgeber gegenüber der Gesellschaft auftreten soll, so muss dergleichen unbedingt bei der Ausgestaltung der Stiftungserklärung bedacht werden.⁵⁷⁾

10. Übernahmerecht

Die gleiche Rechtsfrage, nämlich welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, um von einer „kontrollierten Privatstiftung“ sprechen zu müssen, stellt sich insbesondere auch im Übernahmerecht, mithin dann, wenn keine GmbH-Anteile, sondern Aktien einer börsennotierten Gesellschaft von der Privatstiftung vom „Kontrollbeteiligungsinhaber“ erworben werden bzw. wenn die Stiftung eines „Noch-nicht-Kontrollbeteiligungsinhabers“ von Dritten Aktien an der Zielgesellschaft erwirbt. Der Gesetzgeber hat nämlich im Hinblick auf den indirekten Erwerb einer „kontrollierenden Beteiligung“ i. S. v. § 22 ÜbG den Gesetzeswortlaut bewusst weit gefasst, um auch einen Aktienwerb über eine „zwischenengeschaltete beherrschte Stiftung“ der Angebotspflicht zu unterwerfen. Andererseits sollen von der Angebotspflicht des § 22 Abs. 1 ÜbG diejenigen Fälle ausgenommen sein, die eine Aktienübertragung auf eine Privatstiftung zum Gegenstand haben, „deren Begünstigte ausschließlich bisherige Gesellschafter oder Angehörige der Gesellschafter“ sind (§ 24 Abs. 1 Z 3 ÜbG).⁵⁸⁾ Dass nach der Spruchpraxis der Übernahmekommission besagter Ausnahmetatbestand teleologisch zu interpretieren und dessen Anwendung von der inhaltlichen Ausgestaltung der Stiftungserklärung abhängig ist, haben insbesondere *Diregger/Ullmer* aufgezeigt.⁵⁹⁾

Je nach Einfluss des (übertragenden) Aktionärs auf die übernehmende Stiftung sind im Übrigen auch die Bestimmungen des § 66 Abs. 1 AktG (Verbot des Erwerbs eigener Anteile) sowie u. U. auch der §§ 91 ff. BörseG (Mitteilungspflichten bei Überschreiten gewisser Anteilsschwellen infolge Beteiligungserwerb) bei einem Aktienwerb durch die Stiftung zu beachten.⁶⁰⁾

11. Kapitalgesellschaften als Stifter

Wenn eine Kapitalgesellschaft eine Privatstiftung errichtet und dieser Geschäftsanteile (von Tochterunternehmen) widmet, wird zuvorderst die Anteilsübertragung dergestalt zu konzipieren sein, dass – auch indirekt – keine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt.⁶¹⁾ Leider vermeinte der OGH bis dato, auf Fragen der verdeckten Gewinnausschüttung bzw. der unentgeltlichen Zuwendung an Privatstiftungen im Allgemeinen nicht näher eingehen zu müssen.⁶²⁾

⁵⁷⁾ Ausf. dazu *Hochedlinger*, GesRZ 2004, Heft 6, 372 ff.

⁵⁸⁾ Vgl. *Zollner*, GesRZ 2003, 280 ff.

⁵⁹⁾ *Diregger/Ullmer*, Die Spruchpraxis der Übernahmekommission nach drei Jahren Übernahmegesetz – eine Auswahl, wbl. 2002, 104.

⁶⁰⁾ *Zollner*, GesRZ 2003, 278.

⁶¹⁾ Zur Problematik überblicksartig *Hochedlinger*, GeS 2003, 472 f. m. w. N.

⁶²⁾ Vgl. OGH 13. 9. 2001, 6 Ob 189/01i in RdW 2002/83 = GesRZ 2002, 212 = wbl 2002/93 = EvBl 2002/24. Dazu *Briem*, SWK-Heft 35/36/2002, Seite W 166.