

**Ustanowienie fundacji  
na podstawie przepisów austriackiej  
ustawy o fundacjach prywatnych  
prof. emer. dr Peter Doralt, LL.M. (Harvard)**

**A. Podstawy prawne fundacji w Austrii**

W Austrii ustanowienie i działalność fundacji regulowane jest przez jedną spośród pięciu niżej przedstawionych norm prawnych:

1. Federalna ustawa o fundacjach i funduszach (Bundesstiftungs- und Fondsgesetz, BGBl.<sup>1</sup> 1975/11 z późn. zmianami).

Federalna ustawa o fundacjach i funduszach stosuje się do tych fundacji pożytku publicznego, które obejmują zakresem działania więcej niż jeden kraj związkowy. Ustawa przewiduje duży wpływ państwa na ustanowienie i na zarządzanie fundacją, a o dopuszczalności ustanowienia decyduje właściwy dla fundacji organ administracji; zgodnie z orzecznictwem, fundatorowi nie przysługują środki odwoławcze od decyzji tego organu. Zatwierdzenia wymaga także statut fundacji (w tym przypadku jednak fundator jest stroną postępowania). Jest to rozwiązanie o charakterze w dużej mierze uznaniowym. Zarządzanie fundacją jest zgodnie z ustawą co do zasady monitorowane przez państwo; jeżeli cel fundacji jest zagrożony przez działania jej organów, organ nadzoru ustanawia w fundacji komisarza, który tymczasowo przejmuje funkcje zarządu. W określonych przypadkach organ nadzoru może rozwiązać fundację.

2. Ustawy fundacyjne krajów związkowych: Jeśli zakres działalności fundacji pożytku publicznego ogranicza się tylko do jednego kraju związkowego, mają zastosowanie przepisy odpowiedniej krajowej ustawy o fundacjach. Ustawy krajowe są podobne w

---

<sup>1</sup> BGBl. - Bundesgesetzblatt – Federalny Dziennik Ustaw

treści do ustawy federalnej, z tym, że państwowy nadzór nad fundacjami sprawują właściwe organy administracji danego kraju związkowego.

Wprawdzie federalna ustawa o fundacjach i krajowe ustawy fundacyjne powstały stosunkowo niedawno (większość została wydana w latach 70-tych i 80-tych), ale w ich treści wyraża się nieufność państwa wobec samodzielnych i niezależnych od niego struktur majątkowych, przeznaczanych na określony cel. Pożytek publiczny określa charakter fundacji, ograniczając jednocześnie możliwości korzystania z tej formy i sprawiając, że cele fundacji są podobne do celów realizowanych przez państwo, co z kolei uzasadnia państwowy nadzór nad fundacją.

Od czasów Oświecenia (XVIII w.) zwalczano i ograniczano rozwiązania w sposób trwały przypisujące dobra majątkowe podmiotom prywatnym (co wcześniej stanowiło przyjętą praktykę w odniesieniu do majątków rodzinnych szlachty). Ostatnie fideikomisy<sup>2</sup> rodów szlacheckich zostały zlikwidowane po aneksji Austrii w 1938 r.

Ponieważ prawo austriackie, podobnie jak większość kontynentalnych porządków prawnych, uznaje wprawdzie instytucję powiernictwa, ale nie rozwinęło przepisów w tej dziedzinie, więc forma ta nadaje się tylko w ograniczonym zakresie do tworzenia struktur na bazie majątku prywatnego, mających trwać przez wiele pokoleń i służących określonemu celowi. Jednocześnie prawo spadkowe zezwala na ograniczenie swobody dziedziczenia jedynie pod ściśle określonymi warunkami (tzw. ograniczenie substytucji fideikomisowej). Ustawa o fundacjach prywatnych (PSG z 1993 r.) zdecydowanie poszerzyła możliwości w tym zakresie i stworzyła spójną instytucję prawną, umożliwiającą przeznaczenie w długim okresie dóbr majątkowych na cele prywatne, dopuszczając jednocześnie bez ograniczeń stosowanie tej formy prawnej także dla wspierania celów pożytku publicznego. Fundacja prywatna - ze względu na jej większą elastyczność wyparła w znacznej mierze fundacje ustanowione na podstawie federalnej ustawy o fundacjach i krajowych ustaw fundacyjnych (patrz pkt 5 poniżej).

3. Fundacje prawa wyznaniowego (w szczególności katolickiego prawa kościelnego), uznawane głównie na mocy art. 15 państwowej ustawy zasadniczej z 1867 r.

---

<sup>2</sup> Ordynacje rodowe - system dziedziczenia wielkiej własności, polegający na przejściu majątku w drodze spadku na najstarszego syna dziedzica bez prawa sprzedaży, zastawu itp., mający na celu utrzymanie w całości rodowego majątku (przyj. tłum.)

4. Fundacje działające na mocy ustaw specjalnych, na przykład formę fundacji ma austriacki państwowy nadawca radiowy „Österreichischer Rundfunk” (BGBl I, 2001/83)<sup>3</sup>.
5. Ustawa o fundacjach prywatnych (PSG, BGBl. 1993/694)

Pierwotną przyczyną wprowadzenia instytucji fundacji prywatnej była polityczna wola stworzenia konkurencji dla atrakcyjnego prawa o fundacjach i zakładach, obowiązującego w księstwie Liechtenstein. Potrzebne były elastyczne formy prawne, umożliwiające ograniczenie w sposób długotrwały możliwości rozporządzenia składnikami majątkowymi, przy jednoczesnym przeznaczeniu ich na cele pożytku publicznego i cele prywatne. W szczególności rozwiązanie to miało ułatwić kontynuację działalności przedsiębiorstw rodzinnych i zabezpieczać zaopatrzenie członków rodziny założyciela bądź fundatora w kolejnych pokoleniach. Atrakcyjność fundacji prywatnej polega przede wszystkim na tym, że inaczej niż w prawie spółek, zapewnia ona możliwość wykluczenia wpływu „udziałowców” i dysponowania przez nich majątkiem oraz wynikających stąd zagrożeń dla trwałości zasobów majątkowych (zwłaszcza przedsiębiorstw). Zgodnie z prawem austriackim w spółkach kapitałowych nie można bezwzględnie ograniczyć możliwości rozporządzenia akcjami i udziałami, także w przypadku dziedziczenia praw do tych udziałów, a tym samym nie można przy pomocy środków, jakimi dysponuje prawo spółek, wykluczyć z całą pewnością wchodzenia do nich udziałowców spoza rodziny, natomiast fundacja prywatna na to zezwala. W przeciwieństwie do prawa spółek, w przypadku fundacji prywatnej można niemal całkowicie ograniczyć prawa beneficjentów z grona członków rodziny.

Jeden z głównych niedostatków ustawy polega na tym, że nie jest jasne, na ile z kolei można wzmocnić pozycję beneficjentów. W przypadku fundacji interesu prywatnego, która ma służyć nie ogółowi, a jedynie członkom rodziny, nie jest tym samym oczywiste, jak dalece można na podstawie oświadczenia woli fundatora rozszerzyć przewidziane w ustawie prawa kręgu beneficjentów do kontroli i współzarządzania. Skutkiem tej niejasności jest ograniczona atrakcyjność austriackiej fundacji prywatnej, bowiem fundatorzy pragną także na czas po swojej śmierci zapewnić żyjącym członkom rodziny prawa do istotnej kontroli i współzarządzania; zwykle nie życzą sobie, aby pokolenie spadkobierców było całkowicie zależne od tego, czy członkowie zarządu fundacji okażą się uczciwi i godni zaufania.

---

<sup>3</sup> Patrz *Michael Holoubek – Michael Potacs*, *Öffentliches Wirtschaftrecht*, t. I, 1080 i nast.

W trosce o zachowanie przywilejów podatkowych niejasność ta nie została jednak do dziś usunięta.

Od czasu wejścia w życie ustawy o fundacjach prywatnych, fundacje pożytku publicznego mają możliwość wyboru między fundacją prywatną a fundacją ustanowioną na podstawie ustawy federalnej i ustaw krajowych. Jak już wspomniano, fundacja prywatna wygrywa w tej konkurencji ze względu na swoją elastyczność. Poniżej przedstawiono najważniejsze różnice między fundacją prywatną i fundacją opartą na ustawie federalnej i ustawach krajowych:

- Osnową prawa fundacji prywatnej jest prawo prywatne. Ustanowienie fundacji na gruncie prawa prywatnego następuje przez autonomiczny akt woli wyrażonej w akcie założycielskim i nie wymaga zezwolenia, a jedynie wpisu do rejestru handlowego (*Firmenbuch*). Postanowienie o wpisie wydaje sędzia rejestrowy (a nie administracja państwowa), który nie może odmówić dokonania wpisu, jeżeli zostały spełnione warunki, wynikające z ustawy o fundacjach prywatnych (system normatywny).
- Działalność organów fundacji nie jest poddana stałej kontroli państwa, wykonywanej przez państwowego komisarza. Funkcja nadzorcza sądu ogranicza się głównie do powołania audytora fundacji i właściwości w zakresie zwalczania nierzetelności i naruszeń przepisów prawnych.
- W przeciwieństwie do angielskiego *trustu* i do majątku powierniczego fundacja prywatna zawsze posiada osobowość prawną.
- Ustawa przyznaje fundatorowi znaczną autonomię kształtowania fundacji. Nie zawsze jest jednak jasne, gdzie przebiegają jej granice (zwłaszcza odnośnie określenia praw beneficjentów). Fundator może sam siebie powołać do zarządu fundacji i przewidzieć dla siebie daleko idące przywileje w zakresie zarządzania i wykorzystania majątku fundacji (patrz poniżej pkt 2).
- Jak już wspomniano, formę fundacji prywatnej mogą mieć nie tylko fundacje interesu prywatnego/własnego, służące wyłącznie interesom ograniczonego kręgu osób, ale także fundacje działające dla dobra wspólnego, zwłaszcza służące realizacji celów filantropijnych czy też celów pożytku publicznego, charytatywnych albo kościelnych (por. § 34 i nast. Bundesabgabenordnung<sup>4</sup>).
- W dotychczasowej praktyce ustanowienie fundacji prywatnej następuje głównie dla celów prywatnych (w ok. 3.000 przypadków), jednak ze względu na jej elastyczność i z uwagi na niewielki wpływ państwa, fundacja prywatna stała się

---

<sup>4</sup> Bundesabgabenordnung – Federalna ordynacja podatkowa

formą przedkładaną nad wcześniejsze rozwiązania prawne, także w odniesieniu do celów pożytku publicznego.

## **B. Przegląd zagadnień prawnych**

### **1. Organy fundacji prywatnej**

- **Obligatoryjne i fakultatywne organy fundacji**

Obligatoryjnymi organami fundacji prywatnej są zarząd fundacji i audytor fundacji (§ 14 ust. 1 PSG). Paragraf 22 PSG wymaga powołania rady nadzorczej tylko wyjątkowo, ze względu na uprawnienia pracownicze do współdecydowania w przedsiębiorstwie (jeśli sama fundacja zatrudnia ponad 300 pracowników, albo gdy jest podmiotem kierującym lub dominującym w spółkach należących do grupy kapitałowej (koncernu) i zatrudniających więcej niż 300 osób). W tym przypadku, w skład rady nadzorczej muszą wchodzić przedstawiciele pracowników. W praktyce w takich fundacjach rady nadzorcze powoływane są bardzo rzadko. Fundacje, nawet jeśli są dominującymi udziałowcami, negują – czasem niesłusznie – fakt, że w rzeczywistości wykonują funkcje kierownicze w koncernie, albo przenoszą te funkcje na niższy poziom struktury korporacyjnej (na przykład kierownictwo koncernu sprawuje spółka holdingowa, usytuowana na szczeblu niższym niż fundacja).

Ponieważ rada nadzorcza fundacji prywatnej jest organem fakultatywnym, czyli może, ale nie musi zostać powołana i w praktyce nie występuje niemal nigdy, często korzysta się z możliwości tworzenia „innych organów służących realizacji celu fundacji” (§ 9 ust. 2 pkt 4 i § 14 ust. 2). W praktyce w fundacjach interesu prywatnego bardzo często funkcjonują tzw. rady fundacji (rady rodzinne), które mają wpływ zwłaszcza na powoływanie i odwoływanie członków zarządu; szczególnie ważne decyzje, dotyczące zarządzania majątkiem, często wymagają zgody rady. Takie rozwiązania prowadzą w praktyce do powstania wątpliwości, czy nie jest to sposób obejścia obowiązujących przepisów o radzie nadzorczej jako organie fakultatywnym, a w ślad za tym, czy wpływ beneficjentów na zarząd da się pogodzić z intencją postanowień o zakazie łączenia funkcji (patrz niżej).

- **Postanowienia dotyczące organów fundacji prywatnej**

Po § 14 PSG, zawierającym postanowienia wprowadzające dla organów fundacji prywatnej, kolejne paragrafy tj. od 15 do 19 zawierają przepisy odnoszące się do zarządu fundacji a § 20 i nast. do audytora fundacji.

Paragrafy od 22 do 26 dotyczą obligatoryjnej i dobrowolnej rady nadzorczej, paragrafy od 27 do 31 zawierają postanowienia wspólne dla wszystkich organów fundacji, a paragraf 31 reguluje w szczególności powołanie nadzwyczajnego audytora, którego można określić jako niestały organ fundacji. Treść tych uregulowań zostanie przedstawiona w ogólnych zarysach w punkcie 2 i kolejnych, już teraz należy jednak wskazać na postanowienia dotyczące przesłanek, jakie muszą spełniać członkowie organów fundacji.

- **Przesłanki udziału w organach fundacji i postanowienia o zakazie łączenia funkcji w organach**

Ustawa zawiera szereg postanowień w zakresie zakazu łączenia funkcji, których intencją jest unikanie konfliktu interesów:

a) Wykluczenie beneficjentów (§ 15 ust. 2 i 3) i członków ich najbliższej rodziny do 3 stopnia w linii bocznej: beneficjenci nie mogą być jednocześnie członkami zarządu fundacji. W ten sposób ustawodawca zamierzał wykluczyć kolizję interesów, do której mogłoby w szczególności dochodzić, gdyby tylko niektórzy beneficjenci wchodzili w skład zarządu. W odniesieniu do fundacji interesu prywatnego, zasada ta jest często krytykowana (patrz wyżej), stwarza ona także problemy w fundacjach pożytku publicznego. Aby uniknąć jej obchodzenia, członkami zarządu nie mogą być także dominujący wspólnicy osoby prawnej będącej beneficjentem. Wyklucza się również członkostwo w zarządzie członków najbliższej rodziny dominującego udziałowca. Określenie „dominujący udziałowiec“ zdefiniowano odwołując się do § 244 kodeksu działalności gospodarczej (UGB), który reguluje obowiązek sporządzania skonsolidowanego sprawozdania finansowego.

b) Wykluczenie osób prawnych (§15 ust. 2): podobnie jak w przypadku austriackiego prawa spółek, członkami zarządu fundacji nie mogą być osoby prawne. Powodem tego jest fakt, że w przypadku osoby prawnej brak skutecznej i określonej odpowiedzialności personalnej.

c) Zakaz łączenia funkcji członka rady nadzorczej z funkcją członka zarządu

Także i ta regulacja nawiązuje do przyjętej w prawie spółek ogólnej zasady ścisłego podziału funkcji między radę nadzorczą i zarząd (§ 23 ust. 2). Zakaz obejmuje również członków najbliższej rodziny członków zarządu.

d) Zakaz łączenia funkcji członka rady nadzorczej i członka zarządu z działalnością jako audytor fundacji

e) Zakaz łączenia roli beneficjenta z udziałem w zarządzie (*patrz wyżej pkt. a*) dotyczy w złagodzonej formie również rady nadzorczej: w tym przypadku beneficjenci i członkowie ich najbliższej rodziny nie mogą stanowić większości w składzie rady, innymi słowy większość w radzie nadzorczej muszą mieć członkowie „niezależni”, czyli członkowie nie będący beneficjentami fundacji.

W praktyce w fundacjach rzadko działają rady nadzorcze, bardzo często natomiast tworzy się rady fundacji i zgromadzenia beneficjentów z kompetencjami kontrolnymi i kierowniczymi, zgodnie z PSG będące „innymi organami służącymi przestrzeganiu celu fundacji”. Powstaje w związku z tym trudne pytanie, czy przedstawione wyżej przepisy o zakazie łączenia funkcji w organach<sup>5</sup> fundacji stosują się analogicznie także do tych gremiów.

- **Minimalna liczba członków organów fundacji**

Zarząd i ewentualnie rada nadzorcza muszą liczyć nie mniej niż trzy osoby (fizyczne - § 15 ust. 1, § 23 ust. 1).

Zasada ta nie ma zastosowania do pozostałych organów, które można powołać w fundacji, dlatego w skład rady fundacji mogą wchodzić dwie osoby, chyba że regulacje obowiązujące dla rady nadzorczej zastosuje się również do rady fundacji, pełniącej funkcje przewidziane dla rady nadzorczej.

- **Kadencje organów fundacji**

Ustawa nie zawiera uregulowań, które określałyby okres sprawowania funkcji przez członków organów. Kwestia ta, zwłaszcza w odniesieniu do zarządu fundacji, bywa jednak często regulowana w statucie fundacji prywatnej (§ 9 ust. 2 pkt 1). Najczęściej kadencja zarządu wynosi trzy lub pięć lat i ułatwia rozwiązanie delikatnej z prawnego i psychologicznego punktu widzenia kwestii ewentualnego odwołania. Sprawą sporną

---

<sup>5</sup> Por. ostatnio *Zollner*, Juristische Blätter 2009, Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten für Beiräte einer Privatstiftung.

pozostaje kwestia, czy beneficjentom lub ciału złożonemu z przedstawicieli beneficjentów można przyznać prawo swobodnego odwoływania członków zarządu. Wątpliwości co do tego uzasadnia się obowiązującym zakazem łączenia pozycji beneficjenta z funkcją w zarządzie.

Dla audytora fundacji sama ustawa nie przewiduje ograniczenia okresu sprawowania funkcji.

## **2. Rola fundatora**

Fundator przeznaczając na rzecz fundacji majątek, którego wykorzystanie, zarządzanie i spożytkowanie ma służyć celowi określonym przez fundatora (§ 1 ust.1 PSG).

W celu ustanowienia fundacji, fundator składa dobrowolne oświadczenie woli ustanowienia fundacji (zwane dalej aktem założycielskim), zawierające szereg obligatoryjnych, a także fakultatywnych uregulowań. Przepisy austriackie przyznają fundatorowi szeroki zakres swobody. Sąd przed wydaniem decyzji o dopuszczalności rejestracji bada tylko zgodność z prawem deklaracji założycielskiej, nie kontrolując jej celowości ani społecznej użyteczności celu, którym kieruje się fundator, oczywiście pod warunkiem, że cel ten jest prawnie dozwolony.

Zgodnie z przepisami ustawy, fundator może do chwili zarejestrowania fundacji prywatnej, swobodnie zmieniać lub wycofać akt założycielski, ma również prawo określić skład pierwszego zarządu fundacji oraz pierwszej rady nadzorczej (§ 33 ust. 1, § 15 ust 4, § 24 ust 4 PSG).

W akcie założycielskim fundator może zastrzec sobie prawo dokonywania późniejszych zmian w akcie (§ 33 ust. 2 PSG) a nawet prawo likwidacji fundacji prywatnej (§ 34 PSG; obowiązująca doktryna); ponadto fundator może ująć w akcie założycielskim inne przysługujące mu prawa, w szczególności może ustanowić siebie członkiem zarządu lub innego organu fundacji. Może także zastrzec sobie prawo powoływania członków organów fundacji, a także prawo wyboru beneficjentów. Ewentualne prawo likwidacji fundacji i prawo zmian w akcie założycielskim wygasają wraz ze śmiercią fundatora/fundatorów, pozostałe prawa mogą być zbywalne.

Ustawa austriacka przyznaje więc fundatorowi w samym akcie założycielskim bardzo szerokie możliwości wpływu na fundację, w szczególności prawo powołania siebie w skład zarządu lub innego organu fundacji. Fundator może także przyznać sobie, jako członkowi zarządu większą liczbę głosów lub prawo weta.

Z powyższego wynika, że zgodnie z PSG fundator może zastrzec sobie bardzo szeroki zakres wpływu na działalność fundacji, odpowiednio konstruując akt założycielski. Trzeba także zauważyć, że fundator nie może być jednocześnie członkiem zarządu i beneficjentem fundacji, gdyż wykluczają to przepisy ogólne o zakazie łączenia funkcji (patrz wyżej pkt 1).

W praktyce, w przypadku fundacji pożytku publicznego nie powinno to stanowić problemu dla fundatora.

Fundator może zatem zastrzec sobie prawo współdecydowania w zakresie dokładnego określania celu fundacji, na przykład przez wywieranie wpływu na wybór priorytetów. Może również zastrzec swój udział w podejmowaniu indywidualnych decyzji o przyznaniu środków, podobnie jak prawo uczestniczenia w podejmowaniu decyzji inwestycyjnych oraz dotyczących lokowania i zarządzania majątkiem darowanym fundacji. Często postanowienia o charakterze organizacyjnym nie są jasno oddzielone od postanowień określających cel fundacji i zarządzanie majątkiem, na przykład, gdy akt założycielski zawiera postanowienia dotyczące: procedur podejmowania decyzji o lokowaniu i wydatkowaniu środków, w tym komisijnego przygotowania przetargów publicznych, obowiązku opiniowania przed przyznaniem dotacji, oceny, przejrzystości itd. Jak już wspomniano, fundator może też zająć miejsce w zarządzie fundacji i przyznać sobie w tym charakterze specjalne uprawnienia.

### **3. Stosunki wewnętrzne fundacji**

- Ustawa austriacka powierza zarządowi fundacji obowiązek zarządzania fundacją prywatną, reprezentowania jej w sądzie i poza sądem oraz zapewnienia realizacji celu fundacji zgodnie z postanowieniami aktu założycielskiego (§ 17 ust. 1 PSG). Jeżeli akt założycielski nie stanowi inaczej, wszystkie kompetencje decyzyjne posiada zarząd.
- Wymaga się, aby każdy członek zarządu, działając z należytą starannością „wypełniał swoje obowiązki oszczędnie i ze starannością rzetelnego zarządcy“ oraz by świadczenia na rzecz beneficjentów, służące realizacji celu fundacji, nie uszczuplały praw jej wierzycieli.
- W praktyce niemal nie występuje uregulowana dość szczegółowo w ustawie rada nadzorcza, za to bardzo często działa rada fundacji, do której kompetencji nierzadko zastrzeżone są ważne prawa dotyczące powoływania i/lub przedłużania kadencji zarządu oraz akceptacji czynności przekraczających

zarząd. Pod tym względem rada fundacji przypomina zatem radę nadzorczą spółki akcyjnej.

Rada nadzorcza musi składać się z nie mniej niż trzech osób fizycznych, beneficjenci lub członkowie najbliższej rodziny beneficjentów mogą stanowić nie więcej niż połowę członków rady (§ 23 ust. 1 i 2 PSG).

Powyższy przepis jest pokrewny zakazowi zasiadania beneficjentów w zarządzie fundacji (§ 15 ust. 2 PSG). Oba uregulowania zabezpieczają przed powstaniem konfliktu interesów. Z komentarzy urzędowych i historii przygotowania ustawy wynika, że jej twórcy dostrzegali przede wszystkim ryzyko związane z członkostwem indywidualnych beneficjentów w organach fundacji. Obawiano się, że mogliby oni w zarządzie wspierać interesy własne lub osób im bliskich. Odnośne zagadnienia były intensywnie dyskutowane w kontekście fundacji interesu prywatnego i po części pozostają do dziś nierozwiązane. Przede wszystkim na podstawie zakazu łączenia funkcji wnioskuje się, że nie wolno przyznawać beneficjentom nieograniczonego wpływu na powoływanie i odwoływanie w dowolnej chwili członków zarządu. Na podstawie orzeczeń sądowych i z prowadzonej dyskusji można wnioskować na potrzeby fundacji pożytku publicznego, że także w fundacjach pożytku publicznego w rozumieniu ustawy, urzędujący członek zarządu nie może być adresatem dotacji przyznawanych przez fundację. Pozostaje jednak nierozstrzygnięte, czy mogą być beneficjentami organizacje, do których należy członek zarządu, a więc czy na przykład dziekan wydziału medycznego, otrzymującego dotację, może zasiadać w zarządzie fundacji.

Jeżeli w fundacji została powołana rada nadzorcza, jej zadaniem jest nadzorowanie pracy zarządu. Przysługują jej takie same prawa do informacji i wglądu w dokumenty i działalność fundacji, jak radzie nadzorczej spółki akcyjnej. Tak jak w przypadku spółki akcyjnej, określone czynności podejmowane przez zarząd wymagają zgody rady. Fundator może także rozszerzyć uprawnienia rady nadzorczej, w szczególności może powierzyć jej także – wzorem spółki akcyjnej – kompetencje w zakresie powoływania i odwoływania członków zarządu.

W praktyce rada nadzorcza fundacji występuje rzadko, natomiast w akcie założycielskim często przewiduje się inne organy. Organy te mogą mieć charakter doradczy. Z § 9 ust. 1 wers 3 wynika, że w przypadku fundacji pożytku publicznego, kwestię wyboru beneficjentów można powierzyć odrębnemu organowi. Ustawa wspomina tu o jednostce wyznaczającej beneficjentów. W fundacji pożytku publicznego, zgodnie z obowiązującym celem przyznającej dotacje na rzecz

określonych osób (np. wspierającej osoby ubogie, przyznającej stypendia itd.), można zatem oddzielić podejmowanie tych decyzji od kompetencji zarządu fundacji i powierzyć je odrębnemu organowi. Powinno to jednak obowiązywać także w przypadku, gdy realizacja służącego pożytkowi publicznemu celu fundacji nie wymaga konkretnego określenia osób, za to konkretyzacji celu fundacji, na przykład wspieranie przez fundację tylko określonego muzeum lub wspieranie badań medycznych. Także w tych przypadkach dopuszcza się rozdział decyzji konkretyzujących beneficjentów od kompetencji zarządu. Austriacka ustawa o fundacjach prywatnych zezwala zatem fundatorowi na utworzenie na podstawie aktu założycielskiego odrębnego organu, podejmującego decyzje w sprawach dotyczących pożytku publicznego, jako organu niezależnego od zarządu fundacji. Z kolei, zgodnie z moim doświadczeniem w tego rodzaju aktach założycielskich, unika się raczej ostrego podziału kompetencji organów; powołuje się natomiast odrębny organ, który przedkłada zarządowi propozycje do zatwierdzenia, przy czym – co przekracza ramy funkcji doradczej – zarząd nie może podjąć decyzji, jeżeli nie otrzymał w tej sprawie propozycji organu przyznającego dotacje, ma więc jedynie prawo weta w stosunku do propozycji tego organu. Kilkakrotnie obserwowałem w praktyce, że zarząd tworzono powołując w jego skład zarówno ekspertów w dziedzinie zarządzania majątkiem jak i specjalistów zajmujących się podejmowaniem decyzji programowych i dotyczących dotacji; członkowie zarządu tworzyli odpowiednio dwie komisje, realizujące oba zadania. Komisje mogły także korzystać z ekspertów spoza fundacji. Decyzje zasadnicze wymagały podejmowania uchwał przez cały zarząd, a szczegóły określała właściwa komisja, nie absorbując już nimi całego składu zarządu.

Zgodnie z PSG pierwszą radę nadzorczą wyznacza wprawdzie fundator, ale kolejni członkowie rady są powoływani przez sąd. Sąd powołuje także audytora fundacji.

Dopuszcza się jednak zgłaszanie odpowiednich propozycji przez inne organy fundacji, na przykład przez zarząd.

Każdy organ fundacji i każdy członek organu fundacji ma prawo zapoznać się ze sprawozdaniem z badania przeprowadzonego przez audytora a ponadto może, kierując się zachowaniem celu fundacji, wnosić o zarządzenie przez sąd badania nadzwyczajnego. Sąd zarządza takie badanie, jeżeli zostaną uwiarygodnione przypadki nierzetelności, rażącego naruszenia obowiązującego prawa lub deklaracji założycielskiej fundacji (§§ 21 ust. 3 i 31 PSG).

Ponadto sąd odwołuje z ważnych przyczyn, na wniosek lub z urzędu, członka organu fundacji w przypadku rażącego naruszenia przez niego obowiązków, niezdolności do należytego sprawowania obowiązków lub złożenia wniosku o otwarcie postępowania upadłościowego lub naprawczego.

#### **4. Rozdział kierowania i zarządzania fundacją**

Zarząd fundacji może zatrudniać pracowników na podstawie różnych umów o pracę lub powierzać indywidualne zadania w zakresie zarządzania na podstawie umowy o dzieło podmiotom zewnętrznym (*outsourcing*). Liczniejszy zespół pracowników uzasadnia celowość mianowania jednego z nich dyrektorem fundacji i nadania mu uprawnień decyzyjnych w stosunku do podporządkowanych mu odpowiednio, pozostałych pracowników. Moim zdaniem obowiązki dyrektora można także powierzyć jednemu z członków zarządu; powołany dyrektor podlega jako pracownik na kierowniczym stanowisku decyzjom całego zarządu, niezależnie od tego, czy takie rozwiązanie przewidziano w akcie założycielskim czy też jego powołanie nastąpiło na podstawie uchwały zarządu w pełnym składzie. Zgodnie z przedstawioną argumentacją (końcowa część punktu 3), można przyznać dyrektorowi samodzielną pozycję co najmniej w zakresie decyzji dotyczących rozdziału środków i decyzji programowych, zakładając, że uzna się go za dodatkowy organ fundacji. Dopuszcza się więc mianowanie jednego z członków zarządu dyrektorem i podejmowanie przez niego w znacznej mierze samodzielnie decyzji w sprawie przyznawania środków, decyzji programowych itp. Fundator, będący kolekcjonerem, który zamierzał utworzyć muzeum wspólnie z Republiką Austrii i ofiarował temu muzeum swoje zbiory, dążył do uzyskania takiej pozycji w czasie przygotowania aktu założycielskiego. Została mu ona przyznana, przy czym wprowadzono jednocześnie szereg skomplikowanych mechanizmów kontroli i nadzoru (Wiedeńskie Muzeum Leopolda).

#### **5. Wynagrodzenie członków organów fundacji**

Wstępnie o wynagrodzeniu członków zarządu fundacji decyduje fundator w akcie założycielskim. W przypadku braku odpowiednich postanowień członkom zarządu fundacji prywatnej należy „przyznać wynagrodzenie odpowiednie do ich obowiązków i sytuacji fundacji“ (§ 19 ust. 1). Dokładna wysokość wynagrodzenia, jeżeli akt założycielski nie stanowi inaczej, jest ustalana przez sąd na podstawie odpowiedniego wniosku (§ 19 ust. 2). Gdy zarząd fundacji jest powoływany przez

radę nadzorczą albo przez inny organ fundacji, w akcie założycielskim można powierzyć temu organowi także kompetencje do ustalenia wynagrodzenia zarządu<sup>6</sup>.

Jeżeli członek zarządu pełni obowiązki dodatkowe, honorarium z tego tytułu określa rada nadzorcza (§ 25 ust. 3), a w przypadku jej braku wymagana jest zgoda wszystkich pozostałych członków zarządu oraz sądu właściwego.

## 6. Konflikt interesów

- **Przepisy zakazujące łączenia funkcji**  
W punkcie 1 i 2 omówiono już przepisy zakazujące łączenia funkcji, dotyczące członków organów fundacji i beneficjentów. W szczególności beneficjenci nie mogą sprawować funkcji członka zarządu, ponadto beneficjenci nie mogą stanowić więcej niż połowy członków rady. Jak już wspomniano w punkcie 2, zastosowanie tych przepisów do fundacji pożytku publicznego nie jest całkowicie wyjaśnione; pozostaje sprawą otwartą, czy nie może sprawować funkcji członka zarządu ten, kto wprowadził sam nie jest beneficjentem, lecz pozostaje w bliskim związku instytucjonalnym z osobą lub instytucją beneficjenta (na przykład dziekan uniwersytetu będącego beneficjentem, dyrektor instytutu badawczego, gdy beneficjentem jest ten instytut).
- **Przepisy szczególne w sprawie czynności w sytuacji konfliktu interesów (§§ 17 ust. 5 i 25 ust. 3)**  
Odpowiadając na pytanie dotyczące wynagrodzenia, wyjaśniono już, że dla dokonywania czynności prawnych między fundacją i członkami jej zarządu właściwa jest rada nadzorcza; w przypadku, gdy w fundacji nie ma rady nadzorczej, czynność prawna z udziałem zarządu wymaga zezwolenia wszystkich pozostałych członków zarządu oraz sądu. W literaturze wymaga się analogicznie stosowania tej zasady w przypadkach podobnych pod względem gospodarczym, na przykład do czynności z udziałem spółki, pozostającej wyłączną własnością członka zarządu.

Moim zdaniem w przypadkach słabszej kolizji interesów, należy wymagać co najmniej ich ujawnienia (przejrzystość działań) i wstrzymania się od głosu przez zainteresowanego członka zarządu; wynika to z ogólnych zasad starannego działania zarządu.

---

<sup>6</sup> *Arnold Privatstiftungsgesetz* (Komentarz) § 15 ust. 1., Arnold przyjmuje, jak się wydaje, tę zasadę także, gdy organowi powołującemu nie przypisano w sposób wyraźny kompetencji w zakresie ustalania wysokości wynagrodzenia.

Beneficjentami fundacji mogą być zarówno fundator jak i członkowie jego rodziny, jednak nie mogą oni jednocześnie zasiadać w zarządzie fundacji (patrz wyżej). Fundacja może w zasadzie zatrudniać, zarówno krewnych fundatora jak i członków zarządu. Zarząd musi jednak z należytą starannością uzasadnić takie decyzje zgodnie z obowiązującymi w tej dziedzinie standardami, co oznacza zakaz zatrudniania członków najbliższej rodziny i przyznawania im niewspółmiernie wysokich poborów oraz odpowiedzialność odszkodowawczą członków zarządu z tego tytułu. Wyjątek od tej zasady stanowi jedynie przypadek, gdy fundator w akcie założycielskim w sposób wyraźny przewidział dotacje dla członków rodziny; członkowie rodziny są wówczas beneficjentami. W jednym z przypadków w czasie mojej praktyki przewidziano, że fundacja służąca pożytkowi publicznemu ma wspierać podupadłych członków rodziny, którzy nie zarabiają na swoje utrzymanie lub nie są w stanie go sobie zapewnić. Takie zabezpieczenie mogłoby mieć także postać szczególnej, uzasadnionej tylko taką sytuacją umowy zatrudnienia.

## **7. Relacje z darczyńcami**

Wprawdzie § 3 ust. 4 określa w sposób wyraźny, że dotacje otrzymywane przez fundację od innych osób nie wymagają uzyskania zgody państwa, ale o ich przyjęciu decyduje zarząd zgodnie z ogólnymi przepisami prawa kontraktowego. Jeżeli więc przyjęcie dotacji wymaga spełnienia określonego warunku (np. w przypadku darowizny celowej) zarząd musi rozważyć, czy po jego spełnieniu, przynajmniej część dotacji można będzie przeznaczyć na cele statutowe albo czy jest on zgodny z celami fundacji oraz generalnie z aktem założycielskim. Gdy przesłanki te zostały spełnione, można przyjąć nawet darowizny pociągające za sobą znaczne nakłady (np. na restaurację) i koszty bieżące. Korzyść dla fundacji może jednak wyrażać się samą poprawą wizerunku czy reputacji. W każdym razie w pierwszej kolejności obowiązują wymagania zarządzane przez fundatora, czyli nie można przyjmować dotacji, sprzecznych z aktem założycielskim. Dotyczy to także wszelkich prób darczyńcy w zakresie uchylecia przepisów, regulujących przejrzystość działania fundacji. W niektórych przypadkach fundacja powinna także zwrócić uwagę, czy wymagania darczyńcy prowadzą do obejścia innych przepisów prawnych, w szczególności także, czy nie dochodzi w ten sposób do wyłudzenia korzyści podatkowych.

## 8. Prawa innych osób

Ustawa o fundacjach prywatnych (PSG) w znacznej mierze pozostawia do uznania fundatora sprawę ochronę interesów darczyńców i beneficjentów. Fundator może na przykład chronić interesy indywidualnych beneficjentów lub całej ich zbiorowości, zapewniając przejrzystość działania i środki odwoławcze, a więc prawo do rzeczywistej kontroli.

Sama ustawa natomiast określa takie możliwości bardzo oszczędnie:

- audytor fundacji przedkłada sprawozdanie z badania tylko organom fundacji (§ 21 ust. 9);
- beneficjenci mogą żądać wglądu (ale nie wydania) do sprawozdania finansowego, sprawozdania o sytuacji fundacji, sprawozdania audytora, ksiąg fundacji i aktu założycielskiego oraz informacji o realizacji celów fundacji wyłącznie od samej fundacji (a nie od jej audytora). W przypadku odmowy prawo wglądu może nakazać sąd (§ 30);
- tylko organ i członek organu fundacji może dla zachowania celu fundacji wnosić o zarządzenie przez sąd nadzwyczajnego badania fundacji; sąd uznaje wniosek w przypadku nierzetelności lub rażącego naruszenia ustawy lub deklaracji założycielskiej i - jeżeli kontrola je potwierdzi - „zapewnia niezbędne działania, służące zachowaniu celu fundacji“ (§ 31);
- wreszcie sąd odwołuje z ważnych przyczyn, na wniosek lub z urzędu, członków organów fundacji. Wniosek w tej sprawie może złożyć każdy. Sąd w przypadku uzasadnionych podejrzeń ma możliwość zbadania z urzędu postawionych zarzutów. W praktyce zdarza się, że takie wnioski składane są przez beneficjentów, w szczególności w przypadku fundacji interesu prywatnego.

Nie ma wprawdzie przepisu zapewniającego publiczną przejrzystość działania fundacji, jednak może ona utracić przywileje podatkowe dla podmiotów pożytku publicznego, jeżeli nie potrafi udokumentować rzeczywistej użyteczności publicznej wobec organów skarbowych.

## **9. Odpowiedzialność organów fundacji**

Odpowiedzialność organów fundacji w stosunkach wewnętrznych jest uregulowana analogicznie jak odpowiedzialność członków organów spółki akcyjnej lub spółki z o.o. Organy mają pełnić swoje obowiązki „oszczędnie i ze starannością rzetelnego zarządcy“ (§ 17 ust. 2). Odpowiadają wobec fundacji z tytułu niezachowania staranności.

Zarząd fundacji może realizować świadczenia na rzecz beneficjentów tylko pod warunkiem, że nie uszczupła to roszczeń wierzycieli, a w przypadku upadłości zobowiązany jest do zgłoszenia wniosku o upadłość na zasadach ogólnych, tj. analogicznie jak członkowie zarządu osób prawnych; interesy wierzycieli są zatem chronione w przypadku narażenia przez zarząd fundacji na utratę zdolności regulowania długów. Wierzyciele mogą również pozywać członków zarządu w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej.

Nie przewidziano w obowiązujących przepisach prawnych możliwości bezpośredniej interwencji fundatora, beneficjentów, wolontariuszy czy też przedstawicieli społecznych, w szczególności roszczeń, pozwów z tytułu naruszenia aktu założycielskiego itd. Moim zdaniem można je jednak przewidzieć w deklaracji założycielskiej.

## **10. Połączenie, podział i przekształcenie fundacji**

Uregulowania w tym przedmiocie zawierają tylko przepisy szczególne, na przykład przepisy dotyczące fundacji zakładanych przez kasy oszczędności i fundacji zakładanych przez towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych.

Ustawa zawiera jednak przepis, przewidujący dostosowanie statutu fundacji w przypadku zmiany stosunków (§ 33); moim zdaniem w ten sposób można niejako określną drogą doprowadzić do połączenia kilku podobnych fundacji, jeżeli majątek każdej z nich z osobna stopniał na tyle, że nie wystarcza do samodzielnej realizacji celów danej fundacji. Nie zamyka to możliwości skorzystania z drogi likwidacyjnej; przepisy podatkowe zmuszają fundacje pożytku publicznego do przeznaczenia majątku pozostałego z likwidacji ponownie na cele pożytku publicznego, co z gospodarczego punktu widzenia można uznać za odpowiednik fuzji.

## **11. Postępowanie naprawcze i upadłościowe, rozwiązanie fundacji**

W statucie fundacji nie będącej fundacją pożytku publicznego, muszą znaleźć się zapisy o ustanowieniu tzw. „ostatecznego beneficjenta“ (der Letztbegünstigte). Z reguły jednak także fundacje będące organizacjami pożytku publicznego wprowadzają - z wymienionych wyżej przyczyn podatkowych - w swoich statutach zapisy o przeznaczeniu majątku pozostałego po likwidacji. W przypadki braku odpowiednich postanowień, majątek ten przypada państwu.

Pozostałe przepisy proceduralne, dotyczące rozwiązania i likwidacji fundacji, odpowiadają w zasadzie schematowi obowiązującemu w spółkach kapitałowych i uwzględniają przede wszystkim ochronę wierzycieli.