

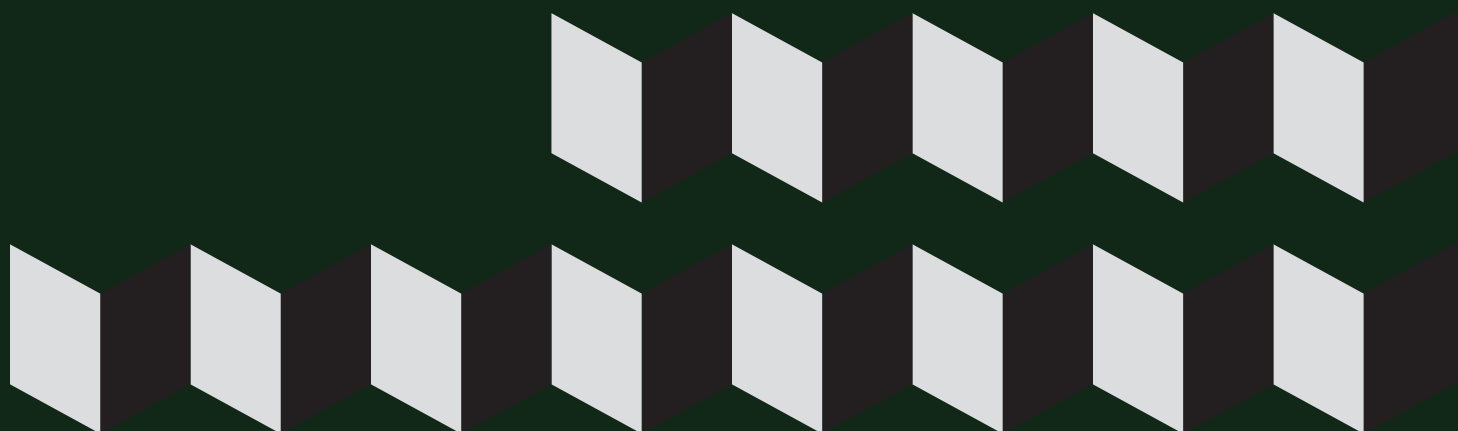


Die Privatstiftung

Nationales und internationales Stiftungsrecht

Schriftleitung

Georg Kodek, Christian Ludwig, Johannes Zollner



64 | Beiträge

Die Foundation Governance als Schlüsselement
im Wettbewerb der Stiftungsrechtsordnungen

Francesco A. Schurr

76 |

Neues Besteuerungsregime für Auslandsdividenden
bei Privatstiftungen

Eduard Lechner

87 | Rechtsprechung

Bestellung des Stiftungsvorstands durch einen
begünstigtendominierten Beirat

Auswirkungen der jüngsten OGH-Judikatur auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen^{*)}

PSR 2010/12

§ 15 Abs 2,
§ 23 Abs 2 Satz 2
PSGaufsichtsrats-
ähnlicher
Stiftungsbeirat;
Bestellung und
Abberufung
des Stiftungs-
vorstands

Die jüngere OGH-Judikatur, insbesondere die Entscheidung vom 5. 8. 2009, 6 Ob 42/09h, hat erhebliche Auswirkungen auf das Kontrollkonzept von Privatstiftungen. Der Beitrag behandelt die Möglichkeiten, im Rahmen der Gestaltung von Stiftungserklärungen auf die Judikatur zu reagieren.

Von Robert Briem

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Regelungen über die Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands
 1. Funktionsperiode
 2. Abberufung nur aus wichtigen Gründen
 3. Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands
 - a) Bestellung durch den Stifter, welcher nicht Begünstigter oder naher Angehöriger eines Begünstigten ist
 - b) Bestellung durch eine neutrale Stelle
 - c) Bestellung durch Selbstergänzung (Kooptation)
 - d) Bestellung durch den Stifter, welcher Begünstigter oder naher Angehöriger eines Begünstigten ist
 - e) Bestellung durch einen Stiftungsbeirat
 - f) Bestellung durch das Gericht auf Vorschlag eines begünstigten Stifters oder eines begünstigtendominierten Stiftungsbeirats
- C. Regelungen über den Stiftungsbeirat
 1. Voraussetzungen für die Aufsichtsratsähnlichkeit
 2. Zusammensetzung des Stiftungsbeirats
 3. Funktionsschutz der fremden Beiratsmitglieder
 4. Allgemeine Beschränkungen für Stiftungsbeiräte
 5. Firmenbuchpraxis nach der E 6 Ob 42/09h
- D. Änderung der Stiftungserklärung
- E. Schlussbemerkungen

A. Einleitung

Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 5. 8. 2009, 6 Ob 42/09h, entschieden, dass ein aufsichtsratsähnlicher Beirat nicht mehrheitlich aus Begünstigten bestehen darf (analoge Anwendung der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG). Allgemein lässt sich dieser Entscheidung entnehmen, dass der OGH dem Einfluss Begünstigter auf das Vorstandshandeln (sei es im Wege von Bestellungs- oder Abberufungsrechten oder im Wege eines Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte) kritisch gegenüber steht. Leider lassen sich die Grenzen zulässiger Gestaltung anhand dieser OGH-Entscheidung nicht klar aufzeigen.

In der Entscheidung vom 16. 10. 2009, 6 Ob 145/09h, hat der OGH entschieden, dass die Unvereinbar-

keitsbestimmungen des § 15 Abs 2 und 3 PSG auch auf „Vertreter“ eines Begünstigten „zu erstrecken“ sind. Dies gelte jedenfalls für den Fall, dass ein aufrechtes Vollmachtsverhältnis zwischen einem Rechtsanwalt und dem Begünstigten einer Privatstiftung bestehe.

Von den beiden vorgenannten OGH-Entscheidungen hat grundsätzlich nur die E 6 Ob 42/09h unmittelbare Auswirkungen auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen. Man schätzt, dass ca zwei Drittel der Stiftungserklärungen der Privatstiftungen infolge dieser OGH-Entscheidung anzupassen sind, es sei denn, das PSG wird in näherer Zukunft im Sinne einer Korrektur der OGH-Rsp novelliert.

Die wesentlichen Punkte der Stiftungserklärung, welche infolge der Entscheidung 6 Ob 42/09h anzupassen sind, betreffen

- die Regelungen über die Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands,
- die Regelungen über die Aufgaben, die Zusammensetzung und die Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsbeirats.

Der Anpassungsbedarf hängt davon ab, wie man die E 6 Ob 42/09h interpretiert.

B. Regelungen über die Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands

1. Funktionsperiode

Unabhängig davon, wem das Recht zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands eingeräumt wird, ist mE eine bestimmte Mindestfunktionsperiode (zB drei Jahre) vorzusehen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass der Stiftungsvorstand zum bloßen Vollzugsorgan wird (s Pkt 3.2. fünfter Absatz der E 6 Ob 42/09h). Als absolute Untergrenze wird wohl ein Jahr anzusehen sein. Bei einer Funktionsperiode von nur einem Jahr sind die Firmenbuchgerichte, sofern eine derart kurze Funktionsperiode überhaupt akzeptiert wird, bei der Beurteilung der Zulässigkeit anderer Bestimmungen der Stiftungsurkunde erfahrungsgemäß strenger.

^{*)} Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser im Rahmen des 3. Gutmann Stiftungsdialogs am 28. 1. 2010 zum Thema „Die österreichische Privatstiftung – Quo Vadis?“ gehalten hat.

2. Abberufung nur aus wichtigen Gründen

Weiters muss – unabhängig davon, wem das Recht zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands eingeräumt wird – das Recht zur Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands auf wichtige Gründe iSd § 75 Abs 4 AktG oder des § 27 Abs 2 PSG eingeschränkt sein (in dem der E 6 Ob 42/09 h zugrunde liegenden Fall war das Recht zur Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands nicht auf wichtige Gründe iSd § 75 Abs 4 AktG eingeschränkt). ME ist die Abberufungsmöglichkeit auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 PSG einzuschränken, da § 27 Abs 2 PSG – anders als § 75 Abs 4 AktG – gerade nicht den Entzug des Vertrauens als wichtigen Abberufungsgrund nennt.¹⁾ Die Rsp, wonach bei Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, mit Rücksicht auf die bei der Privatstiftung fehlenden Kontrollmechanismen kein strenger Maßstab zugrunde zu legen ist, gilt auch für dieses stiftungsurkundlich vorgesehene Abberufungsrecht. Ein wichtiger Fall der Abberufung nach § 27 Abs 2 PSG ist, wie die bisherige Rsp zeigt, insb jener der Interessenkollision. Da bei der Frage, ob ein wichtiger Grund iSd § 27 Abs 2 PSG vorliegt, ein erheblicher Beurteilungsspielraum vorliegt, stehen die Firmenbuchgerichte dem Abberufungsrecht, insb dann, wenn dieses Recht Begünstigten eingeräumt wird, zum Teil ablehnend gegenüber. In der Praxis ist es daher mitunter erforderlich, ein derartiges Abberufungsrecht nicht vorzusehen, damit eine rasche Eintragung im Firmenbuch erlangt werden kann.²⁾

3. Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands

Für das Recht zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands kommen insb folgende Gestaltungen in Betracht, deren Zulässigkeit nach der neuen OGH-Judikatur zu prüfen ist. Die Bestellung erfolgt durch

a) den Stifter, welcher nicht Begünstigter oder naher Angehöriger eines Begünstigten iSd § 15 Abs 2 und 3 PSG ist,

b) eine neutrale Stelle,

c) Selbstergänzung (Kooptation),

d) den Stifter, welcher Begünstigter oder naher Angehöriger eines Begünstigten iSd § 15 Abs 2 und 3 PSG ist,

e) einen Stiftungsbeirat,

f) das Gericht auf Vorschlag eines begünstigten Stifters oder eines begünstigtendominierten Stiftungsbeirats.

Gemeinsam ist den unter den Pkt a) und d) bis f) genannten Gestaltungen, dass die Stifter bzw deren Familie weiterhin Kontrollrechte über die Privatstiftung ausüben möchten.

Zu den Gestaltungen ist im Einzelnen auszuführen:

a) Bestellung durch den Stifter, welcher nicht Begünstigter oder naher Angehöriger eines Begünstigten ist

Jedenfalls zulässig ist eine Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands durch den oder die Stifter, sofern sie nicht Begünstigte oder nahe Angehörige eines Begünstigten iSd § 15 Abs 2 und 3 PSG sind. Einem solchen Stifter kann auch das Recht zur Abberufung der Mit-

glieder des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund iSd § 27 Abs 2 PSG eingeräumt werden.

Hingegen ist es, entgegen der Entscheidung des OLG Wien vom 31. 5. 1999, 28 R 244/98 b,³⁾ nicht zulässig, das Alleinentscheidungsrecht eines Vorstandsmitglieds vorzusehen (so genanntes „Führerprinzip“). Eine solche Regelung widerspricht nicht nur dem Prinzip der Gesamtgeschäftsführung, sondern auch dem Grundsatz, dass die Stimme eines jeden Vorstandsmitglieds, ausgenommen die des Vorsitzenden bei Stimmgleichheit, gleiches Gewicht hat. Weiters besteht bei einer derartigen Regelung das Risiko, dass damit praktisch ein Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis zwischen dem Vorsitzenden und den übrigen Vorstandsmitgliedern entstehen kann.⁴⁾ Eine derartige Regelung würde auch der gesetzlichen Vorgabe, dass der Stiftungsvorstand aus mindestens drei Mitgliedern zu bestehen hat und damit ein „*sich selbst kontrollierendes Ausführungsorgan*“⁵⁾ geschaffen werden soll, zuwiderlaufen.

b) Bestellung durch eine neutrale Stelle

Weiters ist es jedenfalls zulässig, das Recht zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands einer „neutralen Stelle“ (zB Präsident einer bestimmten Kammer) zu übertragen. Eine neutrale Stelle ist jede Person oder Einrichtung, die

→ nicht Begünstigter, naher Angehöriger eines Begünstigten oder in aufrechtem Vollmachtsverhältnis stehender Vertreter eines Begünstigten im Sinne der E 6 Ob 145/09 h ist und

→ nicht von einem der vorgenannten Personen iSd § 244 Abs 2 UGB kontrolliert wird und

→ hinsichtlich der Ausübung ihres Rechts zur Bestellung eines Mitglieds des Stiftungsvorstands keiner rechtsgeschäftlichen Bindung zu einer der vorgenannten Personen unterliegt.

Ein Mandatsverhältnis, welche die Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands zum Inhalt hat, zu einer der vorgenannten Personen hätte zur Folge, dass diese Stelle nicht mehr als „neutral“ im vorgenannten Sinne anzusehen wäre. Die Befugnis einer solchen Stelle zur Bestellung von Vorstandsmitgliedern würde sich in diesem Fall nach lit d) richten. Hingegen ist es zulässig, dass in der Stiftungsurkunde eine „Vertrauensperson“ bestimmt wird, welcher das Recht zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands eingeräumt wird. Solange diese Person die Voraussetzungen einer „neutralen Stelle“ im Sinne der vorstehenden Definition erfüllt und insb nicht als „Vertreter“ eines Begünstigten oder eines nahen Angehörigen eines Begünstigten im Sinne der E 6 Ob 145/09 h zu qualifizieren ist, ist diese Person noch als neutrale Stelle anzusehen. →

1) Siehe auch *Hochedlinger* in seiner Glosse zur Entscheidung 6 Ob 42/09 h, GesRZ 2009, 374, wonach in der Stiftungserklärung vorgesehene Abberufungsgründe von seiner Objektivität und Gewichtigkeit mit denen nach § 27 Abs 2 PSG vergleichbar sein müssen.

2) Siehe in diesem Sinne *Oberdorfer*, Begünstigtereinfluss – quo vadis? ZfS 2009, 164 (169).

3) GesRZ 1999, 259 (260) mwN; hierzu *Torggler*, Stifterwille und Verkehrsschutz, *ecolex* 1999, 694 (694 ff); weiters *N. Arnold*, PSG-Kommentar² § 15 Rz 82.

4) Siehe überzeugend *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁶ § 70 Rz 52 unter Ablehnung der gegenteiligen Literatur.

5) Siehe ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 15 Abs 1 PSG.

Einer „neutralen Stelle“ im vorgenannten Sinne kann auch das Recht zur Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund iSd § 27 Abs 2 PSG eingeräumt werden.

Bereits in der Nähe der Selbstergänzung (s unten lit c) steht jene Gestaltung, in der die Geschäftsführung eines Unternehmens, an welchem die Privatstiftung beteiligt ist, zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands berechtigt ist.

c) Bestellung durch Selbstergänzung (Kooptation)

Weiterhin zulässig ist die Selbstergänzung durch die jeweils in Funktion befindlichen Mitglieder des Stiftungsvorstands (Kooptation). Weiters kann auch dem einzelnen Mitglied des Stiftungsvorstands das Recht eingeräumt werden, selbst seinen Nachfolger zu bestimmen. Den Mitgliedern des Stiftungsvorstands kann auch das Recht eingeräumt werden, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen oder qualifizierter Mehrheit andere Mitglieder des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund iSd § 27 Abs 2 PSG abzurufen. Weiters ist es zulässig, nur einem Mitglied des Stiftungsvorstands das Recht einzuräumen, nach Ablauf der Funktionsperiode sämtliche Mitglieder des Stiftungsvorstands zu bestellen, sowie das Recht, die übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands bei Vorliegen eines wichtigen Grundes iSd § 27 Abs 2 PSG abzurufen.⁶⁾

Die Selbstergänzung birgt jedoch die Gefahr in sich, dass sich nicht nur das Stiftungsvermögen, sondern auch der Stiftungsvorstand im negativen Sinn „verselbständigt“.

d) Bestellung durch den Stifter, welcher Begünstigter oder naher Angehöriger eines Begünstigten ist

Ob auch Stifter, welche zugleich Begünstigte oder nahe Angehörige eines Begünstigten iSd § 15 Abs 2 und 3 PSG sind, den Stiftungsvorstand bestellen dürfen, ist in der Firmenbuchpraxis seit der E 6 Ob 42/09 h strittig. Einige Firmenbuchgerichte lehnen ein derartiges Bestellungsrecht ab, andere akzeptieren das Bestellungsrecht, sofern dem Stifter nicht auch das, wenngleich auf wichtige Gründe beschränkte, Recht zur Abberufung der Vorstandsmitglieder eingeräumt wird. ME ist es weiterhin zulässig, dass dem Stifter, wenn er gleichzeitig Begünstigter der Privatstiftung ist, das Recht auf Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands (jedoch mit einer bestimmten Mindestperiode von zB drei Jahren) eingeräumt wird.⁷⁾ Hingegen ist mE aus der E 6 Ob 42/09 h abzuleiten, dass sich der OGH nicht so sehr an dem Bestellungsrecht des Stiftungsbeirats gestoßen hat, sondern an dem nach Auffassung des Gerichtshofes zu weit gefassten „wichtigen Grund“, bei dessen Vorliegen der Stiftungsbeirat zur Abberufung berechtigt war.⁸⁾ Mit anderen Worten steht der OGH der mit einer Abberufungskompetenz verbundenen Einflussnahmemöglichkeit besonders kritisch gegenüber. Freilich ist eine gesicherte Auslegung der E 6 Ob 42/09 h nicht möglich, und diesbezüglich ist man eher auf Vermutungen angewiesen.

Da grundsätzlich kein Grund besteht, einen bestellungsberechtigten begünstigten Stifter anders zu behan-

deln als einen begünstigtendominierten Beirat,⁹⁾ sind die dortigen Grundsätze auch auf den begünstigten Stifter zu übertragen. Hieraus folgt, dass einem begünstigten Stifter zwar das Recht zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands, nicht jedoch das, wenngleich auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 PSG beschränkte, Recht zur Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands eingeräumt werden kann.

Da das Recht zur Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands auch Nichtstiftern eingeräumt werden kann, ist es weiterhin zulässig, dass auch Begünstigten und deren nahen Angehörigen, welche nicht Stifter sind, das Recht zur Bestellung der Vorstandsmitglieder eingeräumt wird.¹⁰⁾

Zur Frage, ob die Stifter auch Begünstigte sind, ist auf die aktuelle Begünstigtenstellung abzustellen. Die bloße Möglichkeit, in der Zukunft zum Kreis der Begünstigten zu gehören (so genannte „potenziell Begünstigte“), führt zu keiner Anwendung des § 15 Abs 2 und 3 PSG.¹¹⁾ Personen, deren Begünstigtenstellung aufschiebend bedingt oder befristet sind, sind noch keine Begünstigten iSd PSG.¹²⁾ Dieses Ergebnis mag zwar in jenen Fällen unbefriedigend sein, in denen die Privatstiftung nur potenziell Begünstigte hat und fix damit zu rechnen ist, dass die potenziell Begünstigten einmal zu aktuell Begünstigten werden, ist jedoch zu akzeptieren, wenn der Begünstigtenbegriff als zentraler Begriff des PSG nicht seine scharfen Konturen verlieren soll. Der Zweck des § 15 Abs 2 PSG ist es, „die Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung zu wahren und Interessenkollisionen zu vermeiden“.¹³⁾ Solange die Privatstiftung keine aktuell Begünstigten hat, gibt es auch keinen Vollzug der Be-

6) Hingegen ist es unzulässig, einem Mitglied des Stiftungsvorstands ein freies Abberufungsrecht einzuräumen (s *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss* [Hrsg], PrivatstiftungsG §§ 15f Rz 28; aA *N. Arnold*, PSG-Kommentar² § 15 Rz 82). Dagegen spricht nicht nur die den Mitgliedern des Stiftungsvorstands zugeordnete Unabhängigkeit, sondern auch der Umstand, dass der Stiftungsvorstand aus drei unabhängigen Vorstandsmitgliedern zu bestehen hat. Diese Unabhängigkeit wäre jedoch bei einem freien Abberufungsrecht beeinträchtigt.

7) Gleicher Ansicht *N. Arnold* in *N. Arnold/Ludwig*, Stiftungshandbuch (2010) Rz 7/14.

8) Siehe *Torggler*, „Aufsichtsratsähnliche Begünstigtenbeiräte“ im Lichte der jüngsten Judikatur, *Kathrein Stiftungsletter* 14/2010, 26 (30), und *Kalss*, Die Befugnis des Stifters, den Vorstand der Stiftung zu bestellen und abzurufen, PSR 2010, 108 (109). Siehe hierzu im Einzelnen unten lit e).

9) Siehe *Limberg*, Der Einfluss der Begünstigten im Lichte der jüngsten Judikatur, PSR 2010, 19 (27). Anderer Ansicht hingegen das OLG Innsbruck in seiner Entscheidung vom 5. 3. 2010, 3 R 13/10a, unter Hinweis auf *Kalss*, Die Befugnis des Stifters, den Vorstand der Privatstiftung zu bestellen und abzurufen, PSR 2009, 108, wonach aus einem Größenschluss zu § 15 Abs 4 PSG abzuleiten ist, dass ein Stifter auch dann, wenn er Begünstigter ist, nachfolgende Vorstandsmitglieder bestellen kann.

10) Gleicher Ansicht *N. Arnold* in *N. Arnold/Ludwig*, Stiftungshandbuch Rz 7/14.

11) Siehe *N. Arnold*, PSG-Kommentar² § 15 Rz 25; *Torggler*, *Kathrein Stiftungsletter* 14/2010, 29f, welcher allerdings die Einschränkung für „Sonderfälle einer eklatanten Befangenheit“ macht. Nach *Csoklich*, Folgen der OGH-Entscheidung zum Begünstigteinfluss beim aufsichtsratsgleichen Beirat, PSR 2010, 3 (7), ist nach der Entscheidung 6 Ob 42/09 h unsicher, ob der OGH die frühere Unterscheidung zwischen aktuell und potenziell Begünstigten noch aufrecht erhalten will, und wenn ja, ob nicht eine Besetzung eines aufsichtsratsgleichen Beirats mit bloß potenziell Begünstigten nicht ohnedies zulässig ist.

12) Siehe zu § 30 Abs 1 PSG OGH 15. 12. 2004, 6 Ob 180/04 w, und OGH 2. 7. 2009, 6 Ob 101/09 k.

13) Siehe ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 15 Abs 1 PSG.

günstigenregelungen, also insb keine Entscheidungen, ob, an wen und in welcher Höhe Zuwendungen getätigt werden. Spezifische Interessenkollisionen sind dennoch in vielfältigen Ausprägungen denkbar. ZB stehen neben den aktuell Begünstigten deren Nachfolger in der Begünstigtenstellung, die nicht notwendigerweise nahe Angehörige iSd § 15 Abs 2 und 3 PSG sind, bereits fest. Das Interesse der potenziell Begünstigten ist es, dass möglichst wenig an die aktuell Begünstigten zugewendet wird. Würden diese potenziell Begünstigten im Stiftungsvorstand vertreten sein, sind Interessenkollisionen vorprogrammiert und kann die Objektivität des Stiftungsvorstands beeinträchtigt sein. Diesen Konstellationen kann jedoch mit einer Abberufung nach § 27 Abs 2 PSG begegnet werden, ohne dass es der „scharfen Waffe“ des § 15 Abs 2 PSG bedarf.

Weiters werden Personen, die in einem aufrechten Vertretungsverhältnis zu einem (aktuell) Begünstigten stehen, nach der E 6 Ob 145/09h einem Begünstigten gleichzustellen sein.

Weiters sind mE auch Gesellschaften, auf welche ein Begünstigter einen beherrschenden Einfluss ausübt, gleich den Begünstigten zu behandeln. Die Zulässigkeit der Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch Stifter-Gesellschaften, die von einem Begünstigten kontrolliert werden, ist auch dann nach den Grundsätzen dieser lit d) zu beurteilen, wenn diese Stifter-Gesellschaften nicht Begünstigte der Privatstiftung sind.

e) Bestellung durch einen Stiftungsbeirat

Wird das Recht zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands einem Stiftungsbeirat oder einem sonstigen fakultativen Stiftungsorgan übertragen, so ist danach zu differenzieren, ob dieses Organ mehrheitlich aus Begünstigten oder deren nahen Angehörigen (kurz „begünstigtendominierter Stiftungsbeirat“) oder zumindest zur Hälfte aus fremden Personen (kurz „nicht begünstigtendominierter Beirat“) besteht.

Die Bestellung durch einen nicht begünstigtendominierten Beirat ist jedenfalls zulässig. Die für Stiftungsbeiräte unabhängig von ihrer Zusammensetzung geltenden Beschränkungen (s unten Pkt C.4.) sind zu beachten.

Bei Bestellung durch einen begünstigtendominierten Beirat hängt die Zulässigkeit wieder von der Auslegung der E 6 Ob 42/09h ab. Hier ist zunächst auf die Mehrgleisigkeit der Begründung dieser Entscheidung zurückzukommen. Sie stützte die Unzulässigkeit der Gestaltung auf erstens die analoge Anwendung der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat sowie zweitens die mögliche Umgehung des § 15 Abs 2 PSG durch einen Stiftungsbeirat mit derart weitreichenden, über Kontroll- und (eingeschränkte) Weisungsmöglichkeiten hinausgehenden Kompetenzen. Weiters ist als drittes Begründungselement (wenngleich in der Entscheidung mit § 15 Abs 2 PSG verwoben) hervorzuheben, dass der Stiftungsvorstand nicht „zum bloßen Vollzugsorgan degradiert“ werden darf.

Zentrale Frage ist hier, ob die bloße Kompetenz, die Mitglieder des Stiftungsvorstands zu bestellen, den Stif-

tungsbeirat bereits zu einem „aufsichtsratsähnlichen Beirat“ macht, sofern dem Stiftungsbeirat – abgesehen von zB Beratungsrechten und allfälligen Anhörungsrechten – keine Kontrollrechte zukommen. Der OGH zitiert in seiner E 6 Ob 42/09h zunächst die beiden Entscheidungen vom 13. 3. 2008, 6 Ob 49/07k und 6 Ob 50/07g, worin er entschieden hat, dass sich die Frage, ob ein Beirat ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ ist, vorrangig nach dem in § 25 Abs 1 PSG zugewiesenen Aufgabenkreis, der den Kern der – erweiterbaren, aber nicht entziehbaren – Kompetenzen des Aufsichtsrats umschreibt, bestimmt. Nach § 25 Abs 1 PSG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung und die Gebahrung der Privatstiftung zu überwachen. Für das Auskunfts- und Einsichtsrecht gilt § 95 Abs 2 und 3 AktG, für die Zustimmung zu bestimmten Geschäften der Privatstiftung § 95 Abs 5 Z 1, 2 und 4 AktG. Zu den in § 25 Abs 1 PSG genannten Aufgaben des Aufsichtsrats gehört jedoch die Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands gerade nicht. Dies würde dafür sprechen, dass das bloße Recht zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands noch nicht die „Aufsichtsratsähnlichkeit“ eines Beirats begründet.¹⁴⁾ Dagegen sprechen jedoch die Ausführungen in Pkt 3.1. der E 6 Ob 42/09h, worin die quasi „Vorgänger“-Entscheidung vom 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97x, zustimmend referiert wird. In dieser Vorentscheidung hat der OGH die Auffassung, ein mit Begünstigten besetzter Beirat sei zulässig, wenn diesem nur ein Bestellungsrecht oder ein auf wichtige Gründe beschränktes Abberufungsrecht zukommt, abgelehnt. Dies wurde insb damit begründet, dass auch dem Aufsichtsrat die Bestellung und Abberufung des Vorstands übertragen werden könne. Diese Entscheidungspassage legt den Schluss nahe, dass bereits das bloße Recht zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands oder das auf wichtige Gründe beschränkte Recht zur Abberufung der Vorstandsmitglieder die Aufsichtsratsähnlichkeit des Beirats begründet. Einem begünstigtendominierten Beirat könnte demnach nicht das Recht zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands eingeräumt werden. Im Ergebnis scheint sich der OGH in der E 6 Ob 42/09h jedoch nicht so sehr an dem Bestellungsrecht des Stiftungsbeirats zu stoßen, sondern an dem nach Auffassung des Gerichtshofs zu weit gefassten „wichtigen Grund“, bei dessen Vorliegen der Stiftungsbeirat zur Abberufung berechtigt war.¹⁵⁾ ME begründet daher das bloße Recht zur Bestellung des Stiftungsvorstands noch nicht die Aufsichtsratsähnlichkeit im Sinne der Judikatur, sofern dieses Recht nicht mit einer Abberufungskompetenz verbunden ist. Freilich ist, wie bereits dargelegt, eine gesicherte Auslegung der E 6 Ob 42/09h nicht möglich, und man ist diesbezüglich eher auf Vermutungen angewiesen.

Liberaler ist hingegen die Entscheidung des OLG Innsbruck vom 5. 3. 2010, 3 R 13/10a. In dem dieser

14) In diesem Sinne *Oberndorfer*, ZfS 2009, 169.

15) Siehe *Torggler*, Kathrein Stiftungsletter 14/2010, 30, sowie *Kalss* PSR 2010, 109; in den Punkten 2., 3.2. dritter und fünfter Absatz der Entscheidung 6 Ob 42/09h wird wiederholend darauf hingewiesen, dass die Regelung der „wichtigen Gründe“ zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern im Entscheidungsfall äußerst unbestimmt war und dem Beirat einen weiten Spielraum einräumte.

Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt kamen das Recht zur Bestellung sowie das auf wichtige Gründe eingeschränkte Recht zur Abberufung der Vorstandsmitglieder einem Beirat zu, welcher nur aus einer Person (dem alleinigen Stifter, welcher auch Begünstigter der Stiftung war) bestand. Nach Auffassung des OLG Innsbruck entspreche es hA, dass das Recht zur Bestellung sowie das auf wichtige Gründe eingeschränkte Recht zur Abberufung der Vorstandsmitglieder auch Begünstigten oder einem begünstigendominierten Beirat eingeräumt werden können, weshalb die unmittelbare Bestellung der Vorstandsmitglieder durch den Beirat als zulässig erachtet wurde.

Welche anderen Kompetenzen die Aufsichtsratsähnlichkeit des Beirats begründen, wird unten bei Pkt C.a) behandelt.

f) Bestellung durch das Gericht auf Vorschlag eines begünstigten Stifters oder eines begünstigendominierten Stiftungsbeirats

Je nach der Firmenbuchpraxis bleibt mitunter als letzter „Ausweg“ nur noch die gerichtliche Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands auf Vorschlag entweder des begünstigten Stifters oder eines begünstigendominierten Stiftungsbeirats. Das Gericht ist freilich an diesen Vorschlag nicht gebunden. Doch hat diese Gestaltung – im Unterschied zur Selbstergänzung – immer noch den Vorteil, dass die Vorschlagsberechtigten zumindest ihre Wünsche für die Bestellung der neuen Vorstandsmitglieder kundtun können.

C. Regelungen über den Stiftungsbeirat

1. Voraussetzungen für die Aufsichtsratsähnlichkeit

Kernfrage ist, unter welchen Voraussetzungen der Stiftungsbeirat als „aufsichtsratsähnlich“ im Sinne der Judikatur anzusehen ist. Ist der Stiftungsbeirat aufsichtsratsähnlich, dürfen Begünstigte und deren Angehörige nicht die Mehrheit der Mitglieder des Stiftungsbeirats stellen (§ 23 Abs 2 Satz 2 PSG analog). Berater, die in einem aufrechten Mandatsverhältnis zu einem Begünstigten stehen, sind gleich Begünstigten zu behandeln. Ist der Stiftungsbeirat nicht aufsichtsratsähnlich (zB ein bloßes Beratungsorgan), so darf er auch ausschließlich aus Begünstigten bestehen.

Wird dem Beirat keine Kompetenz zur Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands eingeräumt (s oben Pkt B.3.e), so ist zu prüfen, welche (anderen) Aufgaben die Aufsichtsratsähnlichkeit des Beirats begründen können.

Wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats ist die Überwachung, somit die Kontrolle, des Vorstandshandelns. Als Mittel dazu stehen dem Aufsichtsrat das Auskunftsrecht über sämtliche Angelegenheiten der Privatstiftung nach § 92 Abs 2 AktG sowie das Recht auf Einsicht und Prüfung der Unterlagen und Vermögensgegenstände der Privatstiftung nach § 92 Abs 3 AktG sowie als Mittel der Vorwegkontrolle das Zustimmungserfordernis zu bestimmten wichtigen Geschäften zu. Von den in § 95 Abs 5 AktG genannten Geschäften bedürfen nach § 25 Abs 1 letzter Satz

PSG nur die folgenden Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrats:

- der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen sowie der Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen (Z 1; wobei infolge des Verbots der gewerbmäßigen Tätigkeit bei einer Privatstiftung nur der erste Fall des Erwerbs und der Veräußerung von Beteiligungen praktisch ist);
- der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Liegenschaften, soweit dies nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört (Z 2; wobei die Einschränkung auf die Geschäfte, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, bei einer Privatstiftung kaum praktisch ist);
- Investitionen, die bestimmte Anschaffungskosten im Einzelnen oder in einem Geschäftsjahr insgesamt übersteigen (Z 4).

Ob ein Beirat als aufsichtsratsähnlich anzusehen ist, ist primär nach seinen Aufgaben und Kompetenzen zu beurteilen. Es ist insoweit eine funktionale Betrachtung durchzuführen. Auf die ausdrückliche Zuordnung von Aufsichtstätigkeiten an den Stiftungsbeirat kommt es nicht an.¹⁶⁾ Auch ein Stiftungsbeirat, welchem nach der Stiftungsurkunde primär Beratungsaufgaben zukommen, dem jedoch das Recht auf Auskunft und Einsicht eingeräumt wird und dessen Zustimmung Maßnahmen bedürfen, die in § 95 Abs 5 AktG genannt sind (wobei es mE nicht darauf ankommt, dass genau die in den Z 1, 2 und 4 des § 95 Abs 5 genannten Geschäfte im Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte genannt sind), hat Kontrollaufgaben zu erfüllen, die ansonsten nur einem Aufsichtsrat zukommen. Ansonsten würde nämlich der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte als begleitende Vorwegkontrolle und das Auskunfts- und Einsichtsrecht als Mittel der nachgelagerten Kontrolle keinen Sinn machen. Auch die (oft vorgesehene) Regelung, dass die Festlegung der Höhe der Zuwendungen an die Begünstigten der Zustimmung des Beirats bedarf, kann – da es sich hierbei um für eine Privatstiftung wesentliche Maßnahme handelt – eine Aufsichtsratsähnlichkeit des Beirats begründen. Mitunter wird bei einer Privatstiftung auch ein Veranlagungsausschuss als Organ der Privatstiftung eingerichtet. Sofern diesem Veranlagungsausschuss das Recht zur Zustimmung zu bestimmten Veranlagungsentscheidungen vorbehalten wird und die Veranlagung des Stiftungsvermögens – wie in der Regel – einen wesentlichen Tätigkeitsbereich der Stiftung darstellt, ist dieser Ausschuss ebenfalls als aufsichtsratsähnlich im Sinne der Judikatur zu werten.

Wird hingegen der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte beseitigt, so fehlt es am zentralen Mittel der Vorwegkontrolle. Wird der bisherige Zustimmungsvorbehalt durch ein bloßes Anhörungsrecht oder Recht zur Stellungnahme ersetzt, so liegt zwar immer noch ein mögliches Kontrollinstrument vor, doch ist dieses dann bereits so schwach ausgeprägt, dass ein derartiger Beirat nicht mehr als aufsichtsratsähnlich zu qualifizieren

16) Siehe in diesem Zusammenhang auch OGH 16. 4. 2009, 6 Ob 239/08b, wonach im Sinne eines materiellen Organbegriffs von Bedeutung ist, ob den Betroffenen Einflussmöglichkeiten auf die Willensbildung und/oder die Leitung bzw die Überwachung des Stiftungsvorstands zukommen.

ist.¹⁷⁾ In gleicher Weise sind bloße Auskunfts- und Einsichtsrechte nicht ausreichend, um die Aufsichtsratsähnlichkeit des Beirats zu begründen, da dies Rechte sind, die den Begünstigten ohnehin (zumindest in eingeschränktem Umfang) bereits aufgrund des § 30 Abs 1 PSG zustehen.¹⁸⁾ Kommen dem Stiftungsbeirat, abgesehen von Beratungsrechten und allfälligen Anhörungsrechten, keine Kontrollrechte zu, ist dieser Stiftungsbeirat somit noch nicht aufsichtsratsähnlich.¹⁹⁾ Werden ihm jedoch Zustimmungsrechte eingeräumt, ist der Stiftungsbeirat bereits als aufsichtsratsähnlich im Sinne der Judikatur zu beurteilen.²⁰⁾

Unter dem Blickwinkel der Aufsichtsratsähnlichkeit von Relevanz könnte hingegen die Befugnis des Beirats sein, die Vergütung der Mitglieder des Stiftungsvorstands festzulegen. Diese Kompetenz kommt zwar dem Aufsichtsrat nach dem Gesetz nicht zu, kann ihm jedoch eingeräumt werden. Der Vergütung kann im Sinne einer Honorierung von Leistungen des Stiftungsvorstands das Element der Kontrolle über das Vorstandshandeln nicht abgesprochen werden. Hingegen ist die Auffassung abzulehnen, wonach durch die Befugnis, die Vergütung der Mitglieder des Stiftungsvorstands festzulegen, unzulässiger Einfluss auf den Stiftungsvorstand genommen werden kann.²¹⁾

In der Literatur wurde iZm der E 6 Ob 42/09 h überlegt, das Recht zur Bestellung der Vorstandsmitglieder einer vom Beirat verschiedenen Person bzw Stelle zu übertragen, um so eine vom OGH offenbar für unzulässig angesehene Machtkumulation in einem Stiftungsorgan zu vermeiden.²²⁾ Weiters wird die Auffassung vertreten, dass Unvereinbarkeiten iSd § 23 Abs 2 PSG möglicherweise dadurch vermieden werden, dass man die Kontroll-, Überwachungs-, Zustimmungs- und sonstigen Rechte auf mehrere Organe aufteilt, die jeweils für sich (mangels umfassender Befugnisse) eben gerade nicht aufsichtsratsähnlich sind.²³⁾ Sofern diese Organe aus denselben Personen bestehen, ist diese Gestaltung klar als Umgehung zu werten.²⁴⁾ Darüber hinaus bringt diese Gestaltung jedoch mE nichts, weil es nach der hier vertretenen Auffassung ohnehin nur darauf ankommt, wem das Bestellungsrecht, der Zustimmungsvorbehalt zu bestimmten wichtigen Maßnahmen und die Kompetenz zur Festlegung der Vergütung der Vorstandsmitglieder eingeräumt wird. Die anderen Kontrollbefugnisse (insb Auskunfts- und Einsichtsrechte) sind ohnehin unproblematisch und können auch einem begünstigtdominierten Beirat eingeräumt werden. Damit bleibt nur die Frage, ob sich das Recht zur Bestellung der Vorstandsmitglieder von den sonstigen Kontrollrechten trennen lässt. Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen, macht nach der hier vertretenen Auffassung jedoch keinen Unterschied, weil für die Bestellung eines Vorstandsmitglieds durch eine vom Stiftungsbeirat verschiedene, aber von den Begünstigten dominierte Stelle ohnehin dieselben Grundsätze gelten (s oben Pkt B.3.d))

Damit bleibt die Frage, ob die für den Stiftungsbeirat geltenden Beschränkungen auch dann gelten, wenn der Stiftungsbeirat nicht als Organ iSd PSG ausgestaltet wird, sondern nur als „Gremium“ in der nicht öffentlichen Stiftungszusatzurkunde. Da einem derartigen Gremium keine Organqualität iSd PSG zukommt,²⁵⁾

scheidet bei konsequenter Betrachtung eine analoge Anwendung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG auf dieses „Nicht-Organ“ aus. Der OGH hat die E 6 Ob 42/09 h jedoch nicht nur auf eine analoge Anwendung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG, sondern auch auf eine mögliche Umgehung des § 15 Abs 2 PSG gestützt. ME ist daher die E 6 Ob 42/09 h dahingehend auszulegen, dass bei Vorliegen einer Aufsichtsratsähnlichkeit die für den Stiftungsbeirat geltenden Beschränkungen für ein bloßes Gremium, welches nur in der Stiftungszusatzurkunde geregelt ist, ebenfalls gelten.

2. Zusammensetzung des Stiftungsbeirats

Ist der Stiftungsbeirat als aufsichtsratsähnlich zu beurteilen, dürfen Begünstigte, deren nahe Angehörige und in einem aufrechten Mandatsverhältnis stehende Vertreter (in der Folge kurz gemeinsam „Begünstigte“) nicht die Mehrheit der Beiratsmitglieder stellen. Zulässig ist jedoch, dass die Begünstigten genau die Hälfte der Beiratsmitglieder stellen. Wen die Mitglieder des Beirats zu ihrem Vorsitzenden bestellen, ist – sofern der Stiftungsbeirat aus mindestens drei Mitgliedern besteht – ihre freie Entscheidung (§ 28 Z 1 PSG) und kann nicht durch die Stiftungserklärung vorgegeben werden. Wird jedoch ein Begünstigter zum Vorsitzenden des Stiftungsbeirats bestellt, kommt ihm, sofern der Stiftungsbeirat aus mindestens drei Mitgliedern besteht, mangels anders lautender Regelung in der Stiftungserklärung das Dirimierungsrecht zu (§ 28 Z 2 PSG) zu, womit die Begünstigten in der Summe die Mehrheit der Stimmen im Beirat haben. Dieses Ergebnis ist jedoch zu akzeptieren. Nimmt man die gesetzliche Regelung des § 23 Abs 2 PSG zum Ausgangspunkt, so bestellt das Gericht (mit Ausnahme der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats) die Aufsichtsratsmitglieder, wobei es nicht mehrheitlich die Begünstigten oder deren nahe Angehörige zu Mitgliedern bestellen darf. Nach der zwingenden Regelung des § 28 Z 1 PSG hat der Aufsichtsrat aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und wenigstens einen Stellvertreter zu bestellen. Eine Vorgabe des Gerichts, dass eine bestimmte Person nicht zum Vorsitzenden bestellt werden darf, wäre gesetzeswidrig. Von der Regelung, dass dem Vorsitzenden bei Stimmgleichheit das Dirimierungsrecht zukommt, darf nur die Stiftungserklärung, nicht jedoch das Gericht abweichen. Bejaht man jedoch beim Aufsichtsrat die Möglichkeit, dass ein Begünstigter zum Vorsitzen-

17) Gleicher Ansicht *Oberndorfer*, ZfS 2009, 169.

18) In diesem Sinne bereits *N. Arnold*, GesRZ 2009, 352.

19) Siehe auch *Oberndorfer*, ZfS 2009, 169.

20) *AA Csoklich*, PSR 2010, 11, und *Torggler*, Kathrein Stiftungsletter 14/2010, 30.

21) Siehe *Briem*, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12 (15). In der Entscheidung vom 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97 x, hat der OGH die Installation eines nur mit Begünstigten besetzten Beirats einer Privatstiftung, dem die Befugnis zur Bestellung der Vorstandsmitglieder, zur Abberufung der Vorstandsmitglieder ohne Beschränkung auf einen wichtigen Grund und zur Festlegung der Vergütung der Vorstandsmitglieder zukam, infolge Interessenkollision und zur Vermeidung der Umgehung der Unvereinbarkeitsbestimmungen als unzulässig angesehen.

22) *Torggler*, Kathrein Stiftungsletter 14/2010, 30.

23) *Limberg*, PSR 2010, 29.

24) *Limberg*, PSR 2010, 29.

25) Sog Verbot der „Geheimorgane“; s OGH 31. 1. 2002, 6 Ob 305/01 y JBl 2002, 723 (*Torggler*), und OGH 10. 10. 2002, 6 Ob 231/02 t.

den des Aufsichtsrats gewählt wird und damit den Begünstigten in der Summe die Stimmenmehrheit zukommt,²⁶⁾ so gilt dies auch für den aufsichtsratsähnlichen Beirat.²⁷⁾ Die Gewährung eines Mehrstimmrechts an einzelne Beiratsmitglieder wäre hingegen als Umgehung des § 23 Abs 2 PSG anzusehen.²⁸⁾

3. Funktionsschutz der fremden Beiratsmitglieder

Hingegen ist es sehr wohl zulässig, dass sämtliche Beiratsmitglieder, sowohl die begünstigten Beiratsmitglieder als auch jene, die nicht Begünstigte der Privatstiftung sind (kurz „fremde Beiratsmitglieder“), von Begünstigten der Privatstiftung bestellt werden. Für die fremden Beiratsmitglieder ist jedoch erforderlich, dass diese auf eine bestimmte Mindestfunktionsperiode (zB drei Jahre) bestellt werden und dass ihre Abberufung auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 PSG beschränkt ist. Ansonsten ist nämlich die dem OGH vorschwebende Unabhängigkeit der fremden Beiratsmitglieder nicht gegeben, vielmehr würden diese Beiratsmitglieder wiederum zum bloßen Vollzugsorgan der Begünstigten degradiert. Mit anderen Worten sind Regelungen über den besonderen Funktionsschutz der fremden Beiratsmitglieder vorzusehen.

4. Allgemeine Beschränkungen für Stiftungsbeiräte

Bei den Kompetenzen des aufsichtsratsähnlichen Beirats ist, auch dann, wenn dieser nicht mehrheitlich aus Begünstigten besteht, die zwingende Organisationsstruktur der Privatstiftung zu beachten. Dementsprechend ist es unzulässig, durch die vollständige Bindung des Stiftungsvorstands an die Zustimmung anderer Organe die im Gesetz vorgezeichnete Struktur der Privatstiftung und die Aufgabenteilung zwischen den Organen zu unterlaufen.²⁹⁾ Ähnlich wie beim Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft darf die Erweiterung des Aufgabenbereichs des Stiftungsbeirats nicht so weit gehen, dass sie die dem Stiftungsvorstand obliegende Geschäftsführung faktisch lahmlegt.³⁰⁾ Der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte ist daher im Zweifel eher enger zu formulieren. Die vorstehenden Beschränkungen gelten auch für den Fall, dass der Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte nicht in der Stiftungsurkunde, sondern aufgrund einer Ermächtigung in der Stiftungsurkunde außerhalb der Stiftungserklärung in einer Geschäftsordnung geregelt wird.³¹⁾

5. Firmenbuchpraxis nach der E 6 Ob 42/09 h

Seit der E 6 Ob 42/09 h wird mitunter von den Firmenbuchgerichten im Zuge der Neueintragung von Privatstiftungen oder der Eintragung der Änderung von Stiftungsurkunden im Falle von aufsichtsratsähnlichen Beiräten die Aufnahme einer ausdrücklichen Regelung in der Stiftungsurkunde verlangt, dass Begünstigte und deren Angehörige nicht die Mehrheit der Mitglieder des Beirats stellen dürfen. Diese Praxis hat keine Rechtsgrundlage, da § 23 Abs 2 Satz 2 PSG, welcher nach Auffassung des OGH auf aufsichtsratsähnliche Beiräte analog anzuwenden ist, ohnehin zwingendes Recht ist und daher durch die Stiftungserklärung nicht abbedungen

werden kann.³²⁾ Die Firmenbuchgerichte wollen damit freilich erreichen, dass der OGH-Judikatur tatsächlich entsprochen wird. Die Aufnahme einer derartigen Regelung hat den Nachteil, dass die OGH-Judikatur damit in der Stiftungserklärung festgeschrieben wird und im Falle einer Novelle zum PSG, womit diese Judikatur korrigiert wird, weiterhin gilt. Um einer zukünftigen Änderung der Rechtslage Rechnung zu tragen, empfiehlt sich mE die Aufnahme folgender Regelung:

„*Begünstigte und deren Angehörige iSd § 15 Abs 2 PSG dürfen nicht die Mehrheit der Mitglieder des Stiftungsbeirats stellen. Sollte es zu einem späteren Zeitpunkt, insb infolge einer Änderung der Gesetzeslage oder der Judikatur, zulässig sein, dass Begünstigte und deren Angehörige iSd § 15 Abs 2 PSG die Mehrheit der Mitglieder des Stiftungsbeirats stellen, so entfallen die Regelungen des ersten Satzes.*“

Nochmals ist aber darauf hinzuweisen, dass die Aufnahme einer derartigen Regelung nach der – zutreffenden – bisherigen Judikatur des OGH überhaupt nicht erforderlich ist.

D. Änderung der Stiftungserklärung

Sofern sich die Stifter das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten haben, kann auf die OGH-Judikatur reagiert werden, wobei die Grenzen zulässiger Gestaltung derzeit leider nur schwer auszumachen sind.

Falls das Änderungsrecht mehr als einem Stifter zukommt und sich die Stifter über die Anpassung der Stiftungserklärung nicht einig sind, so ist zu prüfen, ob die jeweiligen (Mit-)Stifter aufgrund der wechselseitigen Treuepflicht dazu verpflichtet sind, einer Änderung der Stiftungserklärung insoweit zuzustimmen, als dies zur Umsetzung der OGH-Judikatur erforderlich ist.³³⁾ Der zwischen mehreren Stiftern bestehende Anspruch auf Anpassung der Stiftungserklärung ist mE dem Grunde nach zu bejahen. Der Sachverhalt ist insoweit dem vom OGH am 9. 3. 2006, 6 Ob 166/05 p, entschiedenen Fall vergleichbar, als eine Gestaltung gewählt wurde (nämlich die Verankerung des als Organ im Sinne des PSG intendierten Beirats in der Stiftungszusatzurkunde statt in der öffentlichen Stiftungsurkunde), sich diese Gestaltung jedoch infolge der OGH-Rsp (OGH 31. 1. 2002, 6 Ob 305/01 y) nachträglich als unwirksam erweist. Anders als in dem der E 6 Ob 166/05 p zugrunde liegenden Fall lässt sich jedoch die unzulässige Gestaltung nicht ohne inhaltliche Änderung in eine zulässige Gestaltung ändern. Mit anderen Worten stellt sich die schwierige Frage, in welchen Punkten die Stiftungserklärung zu ändern ist, damit zum einen der OGH-Judikatur

26) N. Arnold, PSG-Kommentar² § 23 Rz 35.

27) Torggler, Kathrein Stiftungslatter 14/2010, 30; zweifelnd Limberg, PSR 2010, 29.

28) Torggler, Kathrein Stiftungslatter 14/2010, 30.

29) Siehe ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 14 Abs 3 PSG.

30) Siehe Briem, GesRZ 2009, 17 f mwN.

31) Zur Zulässigkeit einer derartigen Gestaltung siehe OGH 13. 3. 2008, 6 Ob 49/07 k und 6 Ob 50/07 g.

32) Siehe OGH 13. 3. 2008, 6 Ob 49/07 k und 6 Ob 50/07 g. In diesen beiden Entscheidungen hat der OGH ausdrücklich ausgesprochen, dass das Fehlen einer derartigen ausdrücklichen Regelung kein Grund ist, die Eintragung abzulehnen.

33) Siehe OGH 9. 3. 2006, 6 Ob 166/05 p, und N. Arnold, GesRZ 2009, 356.

entsprochen wird, zum anderen der mit den nunmehr unwirksamen Regelungen vorgesehene Zweck (nämlich den Begünstigten weitestmögliche Rechte zuzuerkennen) erreicht wird. Sind bereits die Grenzen zulässiger Gestaltung schwer auszumachen, wird es immer von ihrer Intensität und Auswirkung her unterschiedliche Regelungskonzepte geben, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Als Richtschnur kann hier nur gelten: Bestehen mehrere Varianten, um die Stiftungserklärung anzupassen, ist jene zu wählen, die am ehesten den bereits vorgegebenen Strukturen und den damit verfolgten Zwecken entspricht und zu einer möglichst geringen Änderung der Stiftungserklärung führt.³⁴⁾

Würde hingegen ein Anspruch auf Änderung der Stiftungserklärung dem Grunde nach verneint werden, so hätte dies regelmäßig folgende Auswirkungen: Die Regelungen über die Bestellung der Vorstandsmitglieder sind unwirksam, weshalb die subsidiäre Bestellungskompetenz des Gerichts nach § 27 Abs 1 PSG anzuwenden ist. Die Begünstigten haben damit jede Einflussmöglichkeit auf die Vorstandsbestellung verloren. Bei den Regelungen über den Stiftungsbeirat wird es regelmäßig erforderlich sein, Familienfremde zu bestellen, damit weiterhin das von den Stiftern gewünschte Kontrollorgan fortbesteht. War bisher zB jeweils ein Familienstamm zur Bestellung eines Beiratsmitglieds berechtigt, so wird diesem Konzept am ehesten entsprochen werden, wenn zukünftig jeder Familienstamm ein Familienmitglied und ein familienfremdes Mitglied bestellt. Würden hingegen die Regelungen über den Stiftungsbeirat derart geändert werden, dass dieser zukünftig nicht mehr als aufsichtsratsähnlich zu beurteilen ist, so würde damit die mit dem Stiftungsbeirat beabsichtigte Kontrollfunktion weitgehend verloren gehen.

Ist eine Änderung wegen Wegfall eines Stifters,³⁵⁾ mangels Einigkeit zwischen mehreren Stiftern oder deswegen nicht möglich, weil eine Änderung der Stiftungserklärung nicht vorbehalten wurde, so ist zu prüfen, ob der Stiftungsvorstand nach § 33 Abs 2 PSG zur Änderung der Stiftungserklärung berechtigt ist. Nach dieser Bestimmung kann der Stiftungsvorstand „unter Wahrung des Stiftungszwecks Änderungen der Stiftungserklärung zur Anpassung an geänderte Verhältnisse vornehmen.“ Die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind dem Wortlaut nach erfüllt, da auch eine Änderung der Rsp als geänderte Verhältnisse im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist. Die geänderten Verhältnisse sind für die Privatstiftung auch „von besonderer Bedeutung“,³⁶⁾ da durch die Judikatur wesentlich in das Kontrollkonzept (Foundation Governance) der Privatstiftung eingegriffen wird. Lassen sich Anhaltspunkte dafür finden, dass sich die Umsetzung des Stifterwillens ohne

Änderung der Stiftungserklärung vernünftigerweise nicht mehr verwirklichen lässt oder dass der Stifter unter den gegebenen Umständen jedenfalls eine andere Regelung getroffen hätte,³⁷⁾ so ist mE der Stiftungsvorstand berechtigt und verpflichtet, eine Änderung der Stiftungserklärung nach § 33 Abs 2 PSG zu beschließen.³⁸⁾

E. Schlussbemerkungen

Der OGH hat mit seiner E 6 Ob 42/09 h einen „Nerv“ der Privatstiftung getroffen. Regelmäßig will der Stifter, dass die Begünstigten als wirtschaftliche Nutznießer und Leidtragende des Stiftungsgeschehens Kontroll- und Einflussrechte auf das Stiftungsgeschehen haben. Damit soll das durch die fehlenden Eigentümer gegebene Kontrolldefizit kompensiert werden.

Wird das PSG nicht im Sinne einer Stärkung der Kontroll- und Einflussbefugnisse der Begünstigten novelliert, so wird die Attraktivität der Privatstiftung hierunter erheblich leiden. In diesem Fall ist eine Flexibilität der Stifter gefordert, um auf die OGH-Rsp zu reagieren. Weiterhin wird es das Ziel der Stifter sein, den Begünstigten Kontroll- und Einflussrechte einzuräumen. Die Grenzen der zulässigen Gestaltung werden daher auch in der Zukunft ausgelotet werden. Mit anderen Worten besteht derzeit Rechtsunsicherheit.

In Reaktion auf diese Rechtsunsicherheit werden einzelne Stifter überlegen, die Einflussrechte in Bezug auf das Stiftungsvermögen zT wieder aus der Privatstiftung „auszulagern“. Sind derartige Gestaltungen bereits bisher, insb bei Unternehmensträgerstiftungen, bekannt (zB Zurückbehaltung eines Zwerganteiles mit Stimmrechtsmajorität, Einrichtung eines Beirats auf Ebene der Beteiligungsgesellschaft), so könnten derartige Gestaltungen zukünftig allgemein bei Privatstiftungen Einzug halten. Trotz der derzeitigen Rechtsunsicherheit ist von „Panik“-Reaktionen abzuraten.

34) Siehe *N. Arnold*, GesRZ 2009, 356, zur Änderung der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand gemäß § 33 Abs 2 PSG.

35) Siehe in diesem Zusammenhang OGH 18. 9. 2009, 6 Ob 136/09g, wonach bei einem mehreren Stiftern gemeinsam vorbehaltenen Widerrufsrecht – für das Änderungsrecht kann nichts anderes gelten – dieses in Ermangelung einer gegenteiligen Regelung in der Stiftungsurkunde mit dem Tod eines der berechtigten Stifter erlischt, also nicht den überlebenden Stiftern verbleibt.

36) ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 33 Abs 2 PSG.

37) Siehe *Berger* in *Doral/Kalss/Nowotny*, PrivatstiftungsG § 33 Rz 13.

38) Gleicher Ansicht *N. Arnold*, GesRZ 2009, 356, welcher im konkreten Zusammenhang sogar von einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Stiftung spricht; s weiters *Ch. Nowotny*, Privatstiftungen „in troubles“, RdW 2009, 834 (835); *Csoklich*, PSR 2010, 12; *Schauer*, Entscheidungsbesprechung, liechtenstein-journal 2009/4, 133 (135), und bereits *Stern*, OGH zur Familienstiftung: Einfluss der Begünstigten auf Vorstandsbestellung unzulässig, RdW 1997, 521 (524).

→ In Kürze

Durch die OGH-Entscheidung vom 5. 8. 2009 werden die Einflussrechte der Begünstigten erheblich zurückgedrängt. Dies betrifft zum einen die Befugnis zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands, zum anderen die Befugnisse eines mehrheitlich aus Begünstigten bestehenden Stiftungsbeirats. Wird das PSG nicht novelliert, sind viele Stiftungserklärungen an die neue Rsp anzupassen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Robert Briem ist Rechtsanwalt in Wien.

Kontakt: robert.briem@briem.at

Vom selben Autor erschienen:

Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12 ff; Gründe für eine Privatstiftung nach dem Wegfall der Erbschafts- und Schenkungssteuer, Kathrein Stiftungsletter 12/2009, 4 ff.

