



# Die Privatstiftung

Nationales und internationales Stiftungsrecht

---

## Schriftleitung

Georg Kodek, Christian Ludwig, Johannes Zollner



## 6 | Beiträge

### Die Novelle zum Privatstiftungsgesetz

Robert Briem

## 16 |

### Die Pflicht zur Offenlegung der Begünstigten

Maximilian Eiselsberg und Florian Haslwanter

## 35 | Rechtsprechung

### Begünstigtenstellung laut Stiftungsurkunde und Gesetz

# Die Novelle zum Privatstiftungsgesetz

PSR 2011/3

§§ 5, 14, 15,  
23, 42 PSG

Offenlegung der  
Begünstigten;  
Bestellung und  
Abberufung des  
Stiftungs-  
vorstands;

Unvereinbarkeits-  
bestimmungen

Mit der jüngst verlautbarten Novelle zum Privatstiftungsgesetz wurden – neben der Verpflichtung zur Offenlegung der Begünstigten – die Regelungen über die Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands sowie die Unvereinbarkeitsbestimmungen geändert. Der vorliegende Beitrag untersucht, welche Auswirkungen diese Novelle für Privatstiftungen hat und welche Fragen die Novelle offenlässt.

**Von Robert Briem**

## Inhaltsübersicht:

- A. Die Novelle
  - 1. Die Novelle im Überblick
  - 2. Die Gesetzesmaterialien
  - 3. Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands, zustimmungspflichtige Geschäfte
  - 4. Zwischenergebnis
- B. Zu den Änderungen im Einzelnen
  - 1. Pflicht zur Offenlegung der Begünstigten
    - a) Allgemeines
    - b) Zum Begünstigtenbegriff
  - 2. Abberufung von Vorstandsmitgliedern
    - a) Qualifizierte Beschlussmehrheit bei Abberufungsbeschlüssen

- b) Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen
  - c) Anpassung der Stiftungsurkunde
  - 3. Änderung der Unvereinbarkeitsbestimmungen
  - 4. Inkrafttreten – Sanierung von Altfällen?
- C. Ergebnisse und Schlussbemerkungen

## A. Die Novelle

### 1. Die Novelle im Überblick

Am 30.12.2010 wurde die Novelle zum Privatstiftungsgesetz (PSG) im Bundesgesetzblatt<sup>1)</sup> verlautbart. Kernpunkte der Novelle sind

- die Einführung einer Verpflichtung, die Begünstigten einer Privatstiftung dem Finanzamt elektronisch mitzuteilen,
- die Regelung, wonach die Entscheidung über die Abberufung von Vorstandsmitgliedern einer besonderen Mehrheit bedarf und den Begünstigten und deren Angehörigen bei der Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen nicht die Mehrheit der Stimmen zukommen darf,
- die Regelung, dass Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand (oder Aufsichtsrat) beauftragt wurden, von der Funktion als Vorstandsmitglied (oder Aufsichtsratsmitglied) ausgeschlossen sind.

Dieser Novelle vorausgegangen sind zwei Entscheidungen des OGH, die sogenannte „Beiratsentscheidung“<sup>2)</sup>, wonach ein aufsichtsratsähnlicher Beirat nicht mehrheitlich aus Begünstigten bestehen darf, und die sogenannte „Beraterentscheidung“<sup>3)</sup>, wonach die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs 2 PSG auf Rechtsanwältinnen, die in einem aufrechten Mandatsverhältnis zu einem Begünstigten stehen, zu erstrecken ist.

Beide Entscheidungen haben erhebliche Rechtsunsicherheit verursacht. Man schätzte, dass ca zwei Drittel der österreichischen Privatstiftungen infolge dieser beiden OGH-Entscheidungen einen „Reparatur-Bedarf“ hatten.

Die nunmehrige PSG-Novelle ist lediglich vor dem Hintergrund der beiden OGH-Entscheidungen zu erklären. Der eigentliche Inhalt der Novelle erschließt sich nur aus dem Gesetzestext in Verbindung mit den Gesetzesmaterialien.<sup>4)</sup>

### 2. Die Gesetzesmaterialien

Die Gesetzesmaterialien geben die bisherige Judikatur wieder, wonach die Gestaltungsfreiheit des Stifters ihre Grenze in Regelungen findet, durch die es zu einer Umgehung grundlegender Prinzipien des Stiftungsrechts käme und mit denen Rechte und Pflichten der in § 14 Abs 1 PSG genannten Organe (dies sind der Stiftungsvorstand, der Stiftungsprüfer und gegebenenfalls der Aufsichtsrat) derart verlagert würden, dass diese praktisch obsolet erschienen oder die einem anderen Organ zwingend zugewiesenen Aufgaben eingeschränkt würden.

Die stärkste Einflussmöglichkeit, die einem weiteren Stiftungsorgan iSd § 14 Abs 2 PSG (dies ist in der Regel

der Stiftungsbeirat) eingeräumt werden könne, sei die Befugnis zur Abberufung des Stiftungsvorstands und seiner Mitglieder. Diese sei grundsätzlich insofern eingeschränkt, als eine Abberufung nur bei Vorliegen sachlicher Abberufungsgründe erfolgen könne, weil sonst die gesetzliche Aufgabenverteilung unterlaufen würde.

Mit dem Ziel, dass die Abberufungsentscheidung einer besonderen Richtigkeitskontrolle unterworfen wird, ist nunmehr vorgesehen, dass die Entscheidung über die Abberufung des Stiftungsvorstands oder seiner Mitglieder einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen bedarf. Hat das Organ weniger als vier Mitglieder, ist Einstimmigkeit erforderlich.

Soll der Vorstand aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen abberufen werden, darf bei dieser Entscheidung den Begünstigten und deren Angehörigen nicht die Mehrheit der Stimmen zukommen. Nach den Gesetzesmaterialien soll weiterhin für die Besetzung eines freiwilligen Organs keine gesetzliche Regelung getroffen und damit höchstmögliche Flexibilität aufrechterhalten werden. Einem derartigen Organ könne daher eine beliebige Anzahl von Begünstigten angehören.

Die wichtigste Aussage findet sich am Ende der Gesetzesmaterialien zu § 14 Abs 3 und 4 PSG:

*„Zur Klarstellung sei an dieser Stelle festgehalten, dass diese neuen Regelungen nichts an den sonstigen Befugnissen eines Beirates ändern. Insbesondere kann einem (auch mit Begünstigten besetzten) Beirat weiterhin das Recht zur Bestellung des Stiftungsvorstandes eingeräumt werden. Auch Zustimmungsrechte zu Geschäftsführungsmaßnahmen können ihm vorbehalten werden.“*

### 3. Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands, zustimmungspflichtige Geschäfte

Leider finden sich diese Aussagen nur in den Gesetzesmaterialien und nicht im Gesetzestext. Überdies hat es der Gesetzgeber gescheut, ausdrücklich von einer „Korrektur“ der Rsp des OGH zu sprechen. Vielmehr wird in den Gesetzesmaterialien der Versuch unternommen, die Novelle in die bisherige Rsp einzubetten. Weiters ist die vorgenannte Materialienstelle nicht ganz eindeutig, spricht sie doch nur von einem „auch“ mit Begünstigten besetzten Beirat. Von einem ausschließlich oder überwiegend mit Begünstigten besetzten Beirat ist hingegen nicht die Rede. Weiters findet sich in den Materialien keine Aussage dazu, dass auf derartige Beiräte § 23 Abs 2 Satz 2 PSG zukünftig nicht mehr analog anzuwenden ist. Insofern ist daher auch dieser Passage in den Materialien kein völlig eindeutiger Wille des Gesetzgebers zur Außerkraftsetzung der bisherigen Rsp zur analogen Anwendung des § 23 Abs 2 PSG auf „aufsichtsratsähnliche“ Beiräte zu entnehmen.

Zu prüfen ist, welche Schlussfolgerungen aus dem Gesetzestext möglich sind. →

1) BGBl I 2010/111.

2) OGH 5. 8. 2009, 6 Ob 42/09h.

3) OGH 16. 10. 2009, 6 Ob 145/09f.

4) ErläutRV 981 BlgNR 24. GP 66–68.

Zunächst ist eindeutig, dass einem freiwilligen Stiftungsorgan iSd § 14 Abs 2 PSG (in der Folge kurz „Beirat“) die Befugnis zur Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands eingeräumt werden darf.

Weiters ist eindeutig, dass einem derartigen Beirat Begünstigte angehören dürfen.

Ist die Befugnis zur Abberufung der Vorstandsmitglieder auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG beschränkt, so darf dieser Beirat auch ausschließlich aus Begünstigten bestehen. Nur dann, wenn dem Beirat die Befugnis zur Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen eingeräumt wird, muss diesem Beirat auch eine Person angehören, die weder Begünstigter noch Angehöriger eines Begünstigten (kurz „Nicht-Begünstigter“) ist.

Einem (auch nur aus Begünstigten bestehenden) Beirat kann jedenfalls auch die Befugnis zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands eingeräumt werden. Die Kompetenz zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands, eine Mindestfunktionsperiode (zB drei Jahre) vorausgesetzt, vermittelt weniger Einfluss auf das Vorstandshandeln als die Abberufungskompetenz.

Das Recht zur Bestellung der Vorstandsmitglieder sowie das auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG eingeschränkte Recht zur Abberufung der Vorstandsmitglieder vermittelt sohin noch keinen unzulässigen Einfluss der Begünstigten auf das Vorstandshandeln. Eine Umgehung der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs 2 PSG ist darin – wohl entgegen der früheren Judikatur des OGH – nicht mehr zu erblicken. Diese Rechte können daher auch einzelnen Begünstigten, einem Stifter, welcher zugleich Begünstigter ist,<sup>5)</sup> oder Rechtsträgern (insb Stiftergesellschaften) eingeräumt werden, welche von Begünstigten kontrolliert werden.

Schwieriger ist hingegen die Frage zu beurteilen, ob – nach dem Vorbild zustimmungspflichtiger Geschäfte in § 95 Abs 5 AktG – auch Zustimmungsrechte zu Geschäftsführungsmaßnahmen einem ausschließlich oder überwiegend mit Begünstigten besetzten Beirat eingeräumt werden können.

Der OGH hat in der Beiratsentscheidung entschieden, dass die Regelung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG, wonach der Aufsichtsrat nicht mehrheitlich aus Begünstigten oder deren Angehörigen bestehen darf, auf aufsichtsratsähnliche Beiräte<sup>6)</sup> analog anzuwenden ist. In dieser Entscheidung hat der OGH weiters die Auffassung abgelehnt, ein mit Begünstigten besetzter Beirat sei zulässig, wenn diesem nur ein Bestellungsrecht und ein auf wichtige Gründe eingeschränktes Abberufungsrecht zukommen. Auch einem Aufsichtsrat könne nämlich das Recht zur Bestellung und Abberufung des Vorstands übertragen werden. Diese zwingende gesetzliche Regelung sei jedoch obsolet, wenn anstelle des Aufsichtsrats ein Beirat mit diesen Befugnissen installiert und zur Gänze mit Begünstigten besetzt werden könne. Nach Auffassung des OGH begründet daher bereits das Recht zur Bestellung und das auf wichtige Gründe eingeschränkte Recht zur Abberufung die Aufsichtsratsähnlichkeit des Beirats, mit der Folge, dass § 23 Abs 2 Satz 2 PSG anzuwenden ist. Dieser Auffassung ist jedoch mit der Novelle der Boden entzogen.

Andernfalls hätte die Regelung des § 14 Abs 4 PSG, wonach bei der Entscheidung über die Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen den Begünstigten und deren Angehörigen nicht die Mehrheit der Stimmen zukommen darf, grundsätzlich keinen Anwendungsbereich mehr.<sup>7)</sup> Bejaht man jedoch die Zulässigkeit eines von Begünstigten dominierten Beirats, welchem – auf Grund seiner Kompetenz zur Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands – iS der Judikatur Aufsichtsratsähnlichkeit zukommt, so muss dies mE auch für einen Beirat gelten, dem auf Grund anderer Kompetenzen (insb Zustimmungsrechte zu Geschäftsführungsmaßnahmen) Aufsichtsratsähnlichkeit zukommt.<sup>8)</sup>

Besser wäre es freilich gewesen, wenn der Gesetzgeber diese Fragen direkt im Gesetz geregelt und nicht nur in den Gesetzesmaterialien angesprochen hätte. Eine Rechtsunsicherheit, wie die Judikatur diese Fragen entscheiden wird, bleibt daher bestehen.

#### 4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten:

- Einem ausschließlich oder überwiegend aus Begünstigten bestehenden Beirat können das Recht zur Bestellung der Vorstandsmitglieder und das auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG eingeschränkte Recht zur Abberufung der Vorstandsmitglieder eingeräumt werden.
- Diese Rechte können auch einzelnen Begünstigten, einem Stifter, welcher zugleich Begünstigter ist, oder Rechtsträgern (insb Stiftergesellschaften) eingeräumt werden, welche von Begünstigten kontrolliert werden.
- Einem ausschließlich oder überwiegend aus Begünstigten bestehenden Beirat können Zustimmungsrechte zu Geschäftsführungsmaßnahmen eingeräumt werden.

## B. Zu den Änderungen im Einzelnen

### 1. Pflicht zur Offenlegung der Begünstigten

#### a) Allgemeines

Nach § 5 Satz 3 PSG idnF hat der Stiftungsvorstand festgestellte Begünstigte dem für die Erhebung der Körperschaftsteuer zuständigen Finanzamt unverzüglich elektronisch mitzuteilen. Nach den Gesetzesmaterialien hat diese Mitteilung über FinanzOnline zu erfolgen, wobei der Begünstigte individualisierbar zu bezeichnen ist (insb durch Name und Geburtsdatum).

5) Nach der Entscheidung des OLG Innsbruck v 5. 3. 2010, 3 R 13/10a war bereits bisher aus einem Größenschluss zu § 15 Abs 4 PSG abzuleiten, dass ein Stifter auch dann, wenn er Begünstigter ist, Vorstandsmitglieder bestellen kann.

6) Zu den Voraussetzungen für die Aufsichtsratsähnlichkeit eines Beirats s *Briem*, Auswirkungen der jüngsten OGH-Judikatur auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen, PSR 2010, 56 (60).

7) Denkbar wäre noch folgender Fall: Die Begünstigten stellen zwar nicht die Mehrheit der Mitglieder, haben jedoch die Mehrheit der Stimmen im Beirat. ME ist jedoch auszuschließen, dass der Gesetzgeber in § 14 Abs 4 PSG nur diesen Fall erfassen wollte.

8) Im Ergebnis gleicher Ansicht *Zentrum für Stiftungsrecht*, Das neue Stiftungsrecht nach dem Ministerialentwurf 2010 und anliegende Fragen, PSR 2010, 342 (345), und *Zollner*, Budgetbegleitgesetz-Justiz 2011–2013, PSR 2010, 160 (163).

Eine Verletzung dieser Mitteilungspflicht wird nach § 42 PSG drakonisch bestraft. Wer die Mitteilungspflicht nicht oder nicht vollständig erfüllt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu € 20.000,- je verschwiegenem oder nicht vollständig mitgeteiltem Begünstigten zu bestrafen.

§§ 5 und 42 PSG in der Fassung der Novelle treten mit 1. 4. 2011 in Kraft. Die Namen aller zum 31. 3. 2011 bestehenden oder nach § 5 festgestellten Begünstigten sind bis zum 30. 6. 2011 mitzuteilen.

Diese Neuregelungen erfolgen in Reaktion auf den Mutual Evaluation Report der FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering), worin die mangelnde Transparenz der österreichischen Privatstiftungen kritisiert wurde. In diesem Zusammenhang steht auch die mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 etwas entschärfte Bestimmung des § 13 Abs 6 KStG, wonach Privatstiftungen verpflichtet sind, Kopien der jeweiligen Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde dem Finanzamt vorzulegen. Soweit die Begünstigten bereits in der Stiftungserklärung als solche bezeichnet sind, ohne dass es zur Erlangung der Begünstigtenstellung einer Feststellung iSd § 5 Satz 2 PSG (etwa im Sinne einer Auswahl unter mehreren in Betracht kommenden Begünstigten) bedarf, besteht keine Mitteilungspflicht.<sup>9)</sup>

Mitteilungspflichtig iSd § 5 PSG ist der Stiftungsvorstand. Sollte die Mitteilungspflicht verletzt werden, so begehen die Mitglieder des Stiftungsvorstands eine Verwaltungsübertretung.

Nach § 5 Satz 3 PSG sind die iSd § 5 festgestellten Begünstigten zu melden. Nach der Übergangsbestimmung des Art XI Abs 1 b sind die Namen aller „zum 31. März 2011 bestehenden oder nach § 5 festgestellten Begünstigten“ bis 30. 6. 2011 elektronisch mitzuteilen. Da die Übergangsbestimmung – alternativ zu den nach § 5 festgestellten Begünstigten – von den zum 31. 3. 2011 „bestehenden“ Begünstigten spricht, sollten aus Vorsichtsgründen auch jene zum Stichtag 31. 3. 2011 bestehenden Begünstigten mitgeteilt werden, die in der Stiftungserklärung als solche genannt sind. Diese Übergangsbestimmung ist insoweit überschießend, als die in der Stiftungserklärung genannten Begünstigten dem Finanzamt infolge der verpflichtenden Offenlegung der Stiftungsurkunde und -zusatzurkunde ohnehin bereits bekannt sind. Obgleich die Übergangsbestimmung nur davon spricht, dass die „Namen“ der Begünstigten mitzuteilen sind, sollte vorsorglich auch das Geburtsdatum der Begünstigten – wie nach der allgemeinen Meldepflicht nach § 5 Satz 3 PSG – mitgeteilt werden.

## b) Zum Begünstigtenbegriff

Entscheidende Frage ist, ab wann ein Begünstigter festgestellt ist, mit der Folge, dass die Mitteilung an das Finanzamt zu erstatten ist. Wird ein Begünstigter von der vom Stifter dazu berufenen Stelle, sonst vom Stiftungsvorstand als solcher festgestellt und ist seine Begünstigtenstellung nicht aufschiebend bedingt oder befristet, so besteht jedenfalls die Mitteilungspflicht.

Ist der Begünstigte festgestellt, seine Begünstigtenstellung jedoch aufschiebend bedingt oder befristet (zB zukünftig Begünstigte, welche erst nach dem Able-

ben eines Vorgängers zu Begünstigten werden; kurz „potenziell Begünstigte“<sup>10)</sup>, so besteht für diesen Begünstigten mE noch keine Meldepflicht. Für dieses Verständnis spricht das Abstellen in § 5 Satz 3 und § 42 PSG auf den Begünstigtenbegriff iSd PSG. Mit der Novelle war gerade keine Änderung des Begünstigtenbegriffs beabsichtigt, vielmehr sollte auf diesem Begriff aufgebaut werden.

Wird der potenziell Begünstigte jedoch zu einem späteren Zeitpunkt aktuell Begünstigter, so ist er dem Finanzamt mitzuteilen. Die Mitteilung ist jeweils unverzüglich, dh ohne schuldhaftes Verzögeren, zu erstatten. Eine Mitteilung innerhalb weniger Tage ist mE noch als unverzüglich anzusehen.

Die Feststellung als Begünstigter kann, wie die Gesetzesmaterialien zutreffend ausführen, auch konkludent erfolgen (zB im Beschluss über die Gewährung von Zuwendungen an eine bestimmte Person). Damit jedoch die Mitteilungspflicht nach § 5 Satz 3 PSG ausgelöst wird, bedarf es der Kenntnis des Stiftungsvorstands von der Begünstigtenfeststellung. Solange der Stiftungsvorstand von einer Begünstigtenfeststellung keine Kenntnis hat, kann er auch keine Mitteilung an das Finanzamt erstatten. Einer Annahmeerklärung des einzelnen Begünstigten zur Feststellung der Begünstigtenstellung bedarf es nicht. Nur die einzelne Zuwendung bedarf der Annahme durch den Begünstigten.

Auch als Begünstigte festgestellte Personen, die aktuell Begünstigte sind, aber bisher keine Zuwendungen von der Stiftung erhalten haben, sind dem Finanzamt mitzuteilen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten: Soweit die Begünstigten bereits in der Stiftungserklärung als solche bezeichnet sind, besteht – abgesehen von den zum 31. 3. 2011 bestehenden Begünstigten – keine Meldepflicht. Nach einer Feststellung durch die dazu berufene Stelle sind aktuell Begünstigte, also jene Personen, die Zuwendungen von der Stiftung erhalten können, dem Finanzamt unverzüglich mitzuteilen. Tritt infolge einer Feststellung iSd § 5 Satz 2 PSG eine Änderung bei den aktuell Begünstigten ein, so ist der neu eintretende Begünstigte (nicht jedoch der ausscheidende Begünstigte) unverzüglich dem Finanzamt zu melden.

## 2. Abberufung von Vorstandsmitgliedern

### a) Qualifizierte Beschlussmehrheit bei Abberufungsbeschlüssen

Kommt einem Beirat das Recht zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern zu, so ist für derartige Entscheidungen nach § 14 Abs 3 PSG in der neuen Fassung eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich;<sup>11)</sup> hat der Beirat weniger als vier Mitglieder, so ist Stimmeneinhelligkeit erforderlich. →

9) Siehe eingehend *Eiselsberg/Haslwanter*, Die Pflicht zur Offenlegung der Begünstigten, in diesem Heft.

10) Begünstigte, deren Begünstigtenstellung aufschiebend bedingt oder befristet ist, sind noch keine Begünstigte iSd § 5 PSG (s zum Auskunftsanspruch nach § 30 PSG OGH 15. 12. 2004, 6 Ob 180/04 w, und 2. 7. 2009, 6 Ob 101/09 k).

11) Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber in § 14 Abs 3 PSG bei einer Entscheidung, welcher er besondere Bedeutung beimisst, auf die einfache Mehrheit der „abgegebenen“ Stimmen, hingegen im Rahmen der allgemeinen (dispositiven) Regelung des § 28 Z 2 PSG auf die einfache Mehrheit der Stimmen „aller“ Mitglieder abstellt.

Die Kompetenz zur Abberufung der Vorstandsmitglieder kommt dem Beirat nicht automatisch von Gesetzes wegen zu. Diese Kompetenz muss dem Beirat vielmehr ausdrücklich in der Stiftungsurkunde eingeräumt werden.

Die Stiftungsurkunde kann für den Abberufungsbeschluss eine höhere Mehrheit als die Dreiviertel-Mehrheit oder sonstige Erfordernisse (zB die ausdrückliche Zustimmung eines Beiratsmitglieds) vorsehen. Unter die Dreiviertel-Mehrheit kann die Stiftungsurkunde jedoch nicht gehen.

Hingegen ist es sehr wohl zulässig, dass einzelnen Mitgliedern des Beirats ein Mehrstimmrecht eingeräumt wird und damit eine Situation herbeigeführt wird, in welcher etwa die Stimmen eines Beiratsmitglieds für die Abberufung eines Vorstandsmitglieds ausreichen.

### Beispiel

Der Stiftungsbeirat besteht aus den vier Mitgliedern A, B, C und D. Dem Mitglied A kommen neun Stimmen und den Mitgliedern B, C und D nur eine Stimme zu. Für die Abberufung der Vorstandsmitglieder ist ausreichend, dass nur A für die Abberufung stimmt.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit dem Gesetz, weil § 14 Abs 3 PSG nur auf die Dreiviertel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen abstellt. Hätte im Beispielfall der Beirat nur drei Mitglieder, bedürfte hingegen der Abberufungsbeschluss, trotz des Mehrstimmrechts des Mitglieds A, der Einstimmigkeit.

Bei einem Beirat, der zB aus vier Mitgliedern besteht, ist hingegen nicht erforderlich, dass alle Beiratsmitglieder an diesem Beschluss mitwirken, da das Gesetz nur auf die Dreiviertel-Mehrheit der „abgegebenen“ Stimmen abstellt. Wurde daher die Beiratssitzung ordnungsgemäß einberufen und nimmt eines der Mitglieder an der Sitzung nicht teil, so genügt die Dreiviertel-Mehrheit der in der Sitzung abgegebenen Stimmen für einen rechtswirksamen Abberufungsbeschluss. Dieses Beispiel ist – infolge des Erfordernisses der Dreiviertel-Mehrheit – freilich nur dann praktisch, wenn im Stiftungsbeirat kein Kopfstimmrecht besteht, sondern eine davon abweichende Stimmenverteilung vereinbart wurde.

### b) Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen

Soll ein Vorstandsmitglied aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen abberufen werden, so darf nach § 14 Abs 4 PSG in der neuen Fassung den Begünstigten, deren Angehörigen iSd § 15 Abs 2 PSG und Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Beirat beauftragt wurden (gemeinsam kurz „Angehörige“), bei dieser Entscheidung insgesamt nicht die Mehrheit der Stimmen zukommen.

### Abberufung weiterhin nur aus wichtigen oder sachlichen Gründen

Anders als der Gesetzeswortlaut vermuten lässt, eröffnet § 14 Abs 4 PSG nicht die Möglichkeit, Vorstands-

mitglieder willkürlich, ohne Vorliegen eines wichtigen oder sachlichen Grundes, abzuberufen. In den Gesetzesmaterialien wird nämlich ausdrücklich die Rsp wiedergegeben, wonach die Einräumung einer völlig freien Abberufungsbefugnis die Geschäftsführung des Vorstands unzulässig einschränkt und im Ergebnis dazu führt, dass der zur Abberufung Berechtigte in alle Vorstandsentscheidungen eingreifen könne. Eine derartige Regelung bringe die Gefahr mit sich, dass der Vorstand zum bloßen Vollzugsorgan degradiert werde. Bereits nach der bisherigen Rsp war eine Abberufung **nur bei Vorliegen eines „wichtigen“ oder „sachlichen“ Grundes** zulässig. Der Unterschied zwischen einem wichtigen oder sachlichen Grund ist nur ein gradueller. Auch bei einem sachlichen Grund ist zu verlangen, dass er von der Objektivierbarkeit und Gewichtigkeit den Abberufungsgründen nach § 27 Abs 2 PSG vergleichbar ist oder diesen nahekommt.<sup>12)</sup> Bei der Frage, ob ein wichtiger oder sachlicher Grund (in der Folge gemeinsam kurz „wichtiger Grund“) vorliegt, ist nach der Rsp, mit Rücksicht auf die bei der Privatstiftung mangels eines Eigentümers fehlenden Kontrollmechanismen, kein strenger Maßstab anzulegen. Die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist immer unter dem Gesichtspunkt des Funktionierens der Privatstiftung, letztlich daher unter dem Gesichtspunkt zu sehen, ob die Verfolgung des Stiftungszwecks mit ausreichender Sicherheit in Zukunft gewährleistet ist. Auch Interessenkollisionen, die (noch) nicht den Grad einer Unvereinbarkeit nach § 15 PSG erreichen, können einen wichtigen Grund für die Abberufung eines Vorstandsmitglieds bilden, wenn dadurch die Verfolgung des Stiftungszwecks bei Vollziehung der vom Stifter vorgesehenen Begünstigtenregelung oder das sonstige ordnungsgemäße Funktionieren der internen Kontrollsysteme nicht mit ausreichender Sicherheit gewährleistet ist.<sup>13)</sup>

Das Gesetz nennt in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG im Rahmen einer beispielhaften Aufzählung die Hauptfälle des wichtigen Grundes, welcher eine Abberufung rechtfertigt, nämlich

- eine grobe Pflichtverletzung,
- die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben,
- die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über ein Vorstandsmitglied, die Abweisung eines solchen Verfahrens mangels kostendeckenden Vermögens sowie die mehrfache erfolglose Exekution in dessen Vermögen.

Lässt sich ein Abberufungsgrund noch unter § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG subsumieren, ist § 14 Abs 4 PSG nicht anwendbar. Bei einem weiteren Verständnis der gesetzlichen Abberufungsgründe lässt sich etwa eine Interessenkollision, die noch nicht den Grad der Unvereinbarkeit erreicht, noch unter die Ziffer 2 (Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben) subsumieren. Andere Fälle, etwa mehrere einzelne Pflichtverletzungen, die für sich alleine betrachtet noch nicht den

12) Siehe *Arnold*, PSG<sup>2</sup> (2007) § 15 Rz 120.

13) Siehe nur OGH 16. 10. 2009, 6 Ob 145/09f, und 14. 12. 2000, 6 Ob 278/00 a, sowie die weiteren Nachweise bei *Arnold*, PSG<sup>2</sup> (2007) § 27 Rz 24.

Tatbestand der „groben Pflichtverletzung“ erfüllen, jedoch von ihrem Gewicht in ihrer Gesamtheit einer groben Pflichtverletzung gleichkommen, lassen sich hingegen nicht mehr unter § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG subsumieren, dennoch kann ein wichtiger Grund iSd § 27 Abs 2 PSG vorliegen. Diese weiteren Gründe, welche zwar von ihrem Gewicht den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen gleichkommen, jedoch den Wortlaut des § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG nicht erfüllen, fallen unter § 14 Abs 4 PSG. Würde man hingegen jeden wichtigen Grund unter § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG subsumieren, verbliebe für § 14 Abs 4 PSG kein Anwendungsbereich mehr.

Nochmals ist festzuhalten, dass auch eine Abberufung nach § 14 Abs 4 PSG nur bei Vorliegen eines wichtigen oder sachlichen Grundes zulässig ist.<sup>14)</sup>

### Verbot der Stimmenmehrheit der Begünstigten

Anders als in § 23 Abs 2 PSG, wonach Begünstigte und deren Angehörige nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen dürfen, wird in § 14 Abs 4 PSG bestimmt, dass den Begünstigten und deren Angehörigen bei der Entscheidung über die Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen „nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen darf“. Auch wenn ein Beirat mehrheitlich aus Begünstigten besteht, den Begünstigten bei dieser Entscheidung jedoch nicht die Mehrheit der Stimmen zusteht, kann einem derartigen Beirat die Befugnis zur Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen eingeräumt werden. Damit eröffnet sich ein Spielraum für Gestaltungen in der Stiftungsurkunde (insb dass den Nicht-Begünstigten ein Mehrstimmrecht bei dieser Entscheidung eingeräumt wird oder das Stimmrecht der Begünstigten aliquot gekürzt wird). Besteht der Beirat nur aus Begünstigten und deren Angehörigen, so kann einem derartigen Beirat keine Befugnis zur Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen eingeräumt werden, weil ein Beschluss nach § 14 Abs 4 PSG nie zustande kommen kann. Dies kann in der Zukunft ein Grund dafür sein, Nicht-Begünstigte in den Beirat aufzunehmen.

Anders als § 14 Abs 3 stellt § 14 Abs 4 PSG nicht auf die „abgegebenen“, sondern auf die den Begünstigten „zustehenden“ Stimmen ab.<sup>15)</sup> Trotz dieses sprachlichen Unterschieds ist mE immer auf die Stimmverhältnisse bei der konkreten Entscheidung und nicht auf die allgemeinen Stimmverhältnisse bei Entscheidungen über die Vorstandsabberufung abzustellen. Nimmt daher ein Begünstigter an der konkreten Beiratssitzung, in welcher über die Abberufung beschlossen werden soll, nicht teil, steht ihm auch kein Stimmrecht zu. Durch die bloße Nichtteilnahme von Begünstigten an der entsprechenden Beschlussfassung kann daher der Regelung des § 14 Abs 4 PSG entgegengehalten werden.

Besteht der Beirat mehrheitlich aus Begünstigten (zB aus drei Begünstigten und zwei Nicht-Begünstigten) und bestehen keine satzungsmäßigen Regelungen über eine abweichende Stimmrechtsgewichtung, so stellt sich die Frage, ob einem derartigen Beirat noch die Kompetenz zur Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen zu-

kommen kann. Nach den Gesetzesmaterialien muss in der Stiftungsurkunde vorgesorgt werden, dass bei solchen Entscheidungen den Begünstigten und deren Angehörigen nicht mehr als die Hälfte der Stimmen zukommt. Dies könnte dafür sprechen, dass bei Unterbleiben einer derartigen satzungsmäßigen Regelung im konkreten Fall kein Abberufungsbeschluss gefasst werden kann. Nach anderer Auffassung handelt es sich bei der Regelung in § 14 Abs 4 PSG um eine die Begünstigten insgesamt betreffende und unmittelbar wirkende Stimmrechtsbeschränkung. Verabsäume daher der Stifter eine entsprechende Regelung, so habe eine aliquote Kürzung des Stimmrechts der Begünstigten zu erfolgen, dh, dass das Stimmgewicht der einzelnen Begünstigten nicht mehr eine Stimme pro Mitglied beträgt, sondern die Stimme des einzelnen Begünstigten nur mehr ein entsprechend geringes Gewicht hat, im konkreten Fall 0,67 oder  $\frac{2}{3}$  einer Stimme.<sup>16)</sup> Diese Auffassung hat den Vorzug, dass – auch ohne eine Anpassung der Stiftungsurkunde – der neuen Rechtslage entsprochen werden kann. ME spricht der Gesetzeswortlaut jedoch eher dafür, dass durch § 14 Abs 4 PSG nicht das Stimmrecht der Begünstigten und deren Angehöriger unmittelbar beschränkt wird (mit der automatischen Folge, dass bei Unterbleiben einer satzungsmäßigen Regelung die Stimmen der Begünstigten und deren Angehöriger insgesamt auf die Hälfte der Stimmen beschränkt werden), sondern dass nur Gestaltungen für unzulässig erklärt werden, wonach den Begünstigten und deren Angehörigen bei diesen Entscheidungen die Mehrheit der Stimmen zukommt, ohne das Stimmrecht der Begünstigten unmittelbar zu beschränken.<sup>17)</sup>

Zum vergleichbaren Fall der Nichtaufnahme der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG, wonach ein Aufsichtsrat nicht mehrheitlich aus Begünstigten und deren Angehörigen bestehen darf, hat der OGH entschieden, dass diese Unvereinbarkeitsregel zwingendes Recht ist und daher nicht in der Stiftungsurkunde wiederholt werden muss. Die Nichtaufnahme dieser Bestimmung in der Stiftungsurkunde stelle daher kein Eintragungshindernis dar.<sup>18)</sup> Hieraus folgt jedoch nur, dass die ausdrückliche Aufnahme der Stimmrechtsbeschränkung des § 14 Abs 4 PSG kein Eintragungserfordernis ist, zur Auslegung des § 14 Abs 4 PSG vermag jedoch diese Entscheidung nichts beizutragen.

Wirken an einem Beschluss über die Abberufung von Vorstandsmitgliedern aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen dennoch Begünstigte und deren Angehörige mit und kommt

14) Gleicher Ansicht *Zentrum für Stiftungsrecht*, Das neue Stiftungsrecht nach dem Ministerialentwurf 2010 und anliegende Fragen, GesRZ 2010, 342 (343). Anderer Ansicht wohl *Eiselsberg*, Der „neue“ Beirat – Interessensvertretung durch Vorstände, ZFS 2010, 147 (148), wonach im Rahmen des § 14 Abs 4 PSG auch eine Abberufung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich ist.

15) Siehe *Nowotny*, Privatstiftungen – weiterhin „in troubles“? RdW 2010, 747 (748).

16) Siehe *Zentrum für Stiftungsrecht*, GesRZ 2010, 342 (344).

17) In diesem Sinn wohl auch *Eiselsberg*, ZFS 2010, 147 (149), wonach ohne eine „Korrektur“ der Stimmverhältnisse in jenen Fällen, in denen Begünstigte die Mehrheit der Beiratsmitglieder stellen, eine Beschlussfassung iSd § 14 Abs 4 PSG nicht möglich ist.

18) OGH 13. 3. 2008, 6 Ob 49/07 k und 6 Ob 50/07 g.

diesen die Mehrheit der Stimmen im Beirat zu, so ist mE in jenem Fall, in dem der Beiratsbeschluss auch ohne die Stimmen der Begünstigten und ihrer Angehörigen die erforderliche Dreiviertel-Mehrheit findet, von einem wirksamen Beschluss auszugehen. Selbst dann, wenn die Begünstigten und deren Angehörige an diesem Beschluss nicht mitgewirkt hätten, wäre der Beschluss immer noch mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommen. Mit anderen Worten hat sich der Beschlussmangel iS der Kausalitätstheorie<sup>19)</sup>, die für Fälle einer unrichtigen Stimmenauszählung weiterhin anwendbar ist, nicht auf das Beschlussergebnis ausgewirkt.

Falls dem Beirat eine Kompetenz zur Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen eingeräumt werden soll, empfiehlt es sich, eine entsprechende Regelung über die Stimmrechtsbeschränkung der Begünstigten und deren Angehörigen in der Stiftungsurkunde vorzusehen.

### c) Anpassung der Stiftungsurkunde

Ob ein Bedarf nach Anpassung der Stiftungsurkunde besteht, ist im Einzelfall zu prüfen. Kommt das Recht zur Bestellung und das auf wichtige Gründe eingeschränkte Recht zur Abberufung der Vorstandsmitglieder dem Stiftungsbeirat zu, besteht ein Anpassungsbedarf grundsätzlich nur dann, wenn dem Beirat auch das Recht zur Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen eingeräumt werden soll und der Beirat mehrheitlich aus Begünstigten oder deren Angehörigen besteht.

Soll dem Stiftungsbeirat auch die Kompetenz zur Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen eingeräumt werden, so empfiehlt es sich, in der Stiftungsurkunde eine Regelung aufzunehmen, wonach die Stimmen jener Beiratsmitglieder, welche dem in § 15 Abs 2, 3 und 3 a PSG genannten Personenkreis angehören, aliquot dahingehend zu kürzen sind, dass diesen Personen bei dieser Entscheidung nicht die Mehrheit der Stimmen im Stiftungsbeirat zusteht.

### 3. Änderung der Unvereinbarkeitsbestimmungen

Nach § 15 Abs 3 a PSG in der neuen Fassung sind die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 15 Abs 2 und 3 PSG auch auf Personen anzuwenden, die „von Begünstigten, deren Angehörigen (Abs 2) oder in Abs 3 ausgeschlossenen Personen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand beauftragt wurden“. § 23 Abs 2 PSG, wonach Begünstigte und deren Angehörige nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen dürfen, wurde durch die Novelle dahingehend erweitert, dass diese Bestimmung auch für Personen gilt, die von Begünstigten oder deren Angehörigen iSd § 15 Abs 2 PSG mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Aufsichtsrat beauftragt wurden.

Rechtsfolge ist, dass derartige von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand (oder Aufsichtsrat) beauftragte Personen nicht zum Vorstand oder Aufsichtsratsmitglied bestellt werden dürfen.<sup>20)</sup> Die Bestellung

derartiger Personen ist somit absolut nichtig. Eine Abberufung dieser Personen nach § 27 Abs 2 PSG ist nicht erforderlich, weil sie niemals rechtswirksam zum Organmitglied bestellt wurden.

Ziel dieser Neuregelung ist es, die durch die Beraterentscheidung entstandene Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Die Rechtsunsicherheit ist nämlich dadurch entstanden, dass nach der Beraterentscheidung die Unvereinbarkeitsbestimmung auf Rechtsanwälte zu erstrecken war, die in einem aufrechten Mandatsverhältnis zu einem Begünstigten standen. Ob dieses Mandatsverhältnis einen Bezug zur Stiftung aufweisen musste oder eine Interessenkollision zur Folge haben musste, um eine Unvereinbarkeit zu begründen, ließ sich dieser Entscheidung nicht entnehmen.

Nach den Gesetzesmaterialien soll die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs 2 PSG, wonach ein Begünstigter und dessen Angehörige nicht dem Vorstand angehören dürfen, nicht umgangen werden, indem eine Person zum Vorstandsmitglied bestellt wird, die dem Begünstigten (oder seinen Angehörigen) weisungsunterworfen ist, also in seinem Verhalten vom Begünstigten steuerbar ist. Die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs 2 PSG soll daher auf Personen erweitert werden, die in einem Auftragsverhältnis zu einem Begünstigten (oder seinen Angehörigen) stehen, sofern die Wahrnehmung der Interessen des Begünstigten (oder seiner Angehörigen) im Stiftungsvorstand zum Auftrag gehört.<sup>21)</sup>

Abgesehen davon, dass ein solches Auftragsverhältnis unzulässig und damit an sich bereits unwirksam ist, der Gesetzgeber somit an einen rechtlich bereits unmöglichen Zustand anknüpft,<sup>22)</sup> ist mit der Neuregelung nicht ausgeschlossen, dass – trotz des erkennbaren Willens des Gesetzgebers, die Unvereinbarkeit auf derartige Mandatsverhältnisse zu beschränken – die zukünftige Judikatur dennoch in der Übernahme sonstiger Mandate zu einem Begünstigten, die einen Bezug zur Stiftung aufweisen, eine Unvereinbarkeit erblickt und ihr weiterhin mit der scharfen Waffe der Unwirksamkeit der Bestellung begegnet. Jedenfalls kann die Übernahme sonstiger Mandate zu einem Begünstigten eine Interessenkollision begründen, welche einen Abberufungsgrund iSd § 27 Abs 2 PSG darstellt.

Ogleich in § 15 Abs 3 a PSG eine ausdrückliche Bestimmung zu „Sozietätsfällen“ fehlt, ist entsprechend der Beraterentscheidung davon auszugehen, dass nicht nur jene Personen, welche von Begünstigten oder deren

19) Siehe dazu *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG (2003) § 195 Rz 58f.

20) Die Wertungen, welche hinter § 15 Abs 3 a PSG stehen, nämlich dass die „Marionette“ des Begünstigten oder seiner Angehörigen nicht Mitglied des Stiftungsvorstands sein darf, sprechen mE dafür, diese Unvereinbarkeit auch auf die Funktion des Stiftungsprüfers zu erstrecken, obgleich der Verweis des § 20 Abs 3 PSG im Zuge der PSG-Novelle nicht auf § 15 Abs 3 a PSG erweitert wurde. Dafür spricht, dass derartige Marionetten eines Begünstigten bereits nach bisheriger Rechtslage von der Funktion als Vorstandsmitglied ausgeschlossen waren, einer ausdrücklichen Regelung hätte es hierzu nicht bedurft.

21) Eines formalen Auftrages bedarf es hierzu mE nicht. Es genügt bereits die konkludente Auftragserteilung oder das gemeinsame Verständnis, dass das Vorstandsmitglied seine Vorstandsfunktion entsprechend den Aufträgen des Begünstigten auszuüben hat.

22) Siehe *Nowotny, Privatstiftungen – weiterhin „in troubles“?* RdW 2010, 747 (748).



Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand beauftragt wurden, sondern auch Personen, die mit der ausgeschlossenen Person gesellschaftsrechtlich (zB in einer Rechtsanwalts- oder Wirtschaftstreuhandgesellschaft) verbunden sind oder gemeinsam mit ihr ihren Beruf ausüben, von der Funktion als Vorstandsmitglied ausgeschlossen sind.

Weiters wurde mit der Novelle ein Redaktionsversehen im FamRÄG 2009<sup>23)</sup> beseitigt und nunmehr auch in § 15 Abs 2 PSG – so wie schon bisher in Abs 3 – ausdrücklich geregelt, dass auch Lebensgefährten eines Begünstigten von der Funktion als Vorstandsmitglied ausgeschlossen sind.

#### 4. Inkrafttreten – Sanierung von Altfällen?

Die Novelle enthält – abgesehen von den Mitteilungspflichten nach §§ 5 und 42 PSG (s oben Punkt B.1) – keine besonderen Bestimmungen über das Inkrafttreten. Die Neuregelungen sind daher mit dem der Verlautbarung im Bundesgesetzblatt folgenden Tag, somit am 31. 12. 2010, in Kraft getreten.

Eine rückwirkende Regelung etwa mit dem Inhalt, dass die Neuregelung auf alle vor Inkrafttreten der Novelle vorgenommenen Organbestellungen anwendbar ist, findet sich in der Novelle nicht.<sup>24)</sup>

Dennoch ist der gesetzgeberische Wille erkennbar, mit der Novelle wieder Rechtssicherheit zu schaffen. Dies würde dafür sprechen, dass mit der Novelle auch allenfalls bis zum Inkrafttreten rechtswidrige und daher rechtsunwirksame Besetzungen von Vorständen und Beiräten geheilt und wirksam sind und dass es keiner neuerlichen Bestellung von Stiftungsbeiräten und Stiftungsvorständen, die nunmehr wieder gesetzeskonform sind, bedarf. Weiters würde dies dafür sprechen, dass auch die von derartigen allenfalls bis zum Inkrafttreten der Novelle rechtswidrig besetzten Stiftungsbeiräten und Stiftungsvorständen gefassten Beschlüsse rechtswirksam sind.

Dieser gesetzgeberische Wille kommt jedoch im Gesetzeswortlaut mit keinem Wort zum Ausdruck. Selbst die Materialien schweigen sich dazu aus. So unerfreulich dies ist, ist von einer automatischen Sanierung von Altfällen nicht auszugehen. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, wie sich die Novelle auf Organbesetzungen auswirkt. War der Stiftungsbeirat bisher als aufsichtsratsähnlich iS der Judikatur anzusehen und ausschließlich oder mehrheitlich mit Begünstigten besetzt, so ist mE keine Neubestellung des Beirats erforderlich. Für diese Auffassung spricht, dass die bisherigen Regelungen der Stiftungserklärung, die einem begünstigten-dominierten Beirat aufsichtsratsähnliche Aufgaben zuwiesen, nur iS einer Teilnichtigkeit unwirksam waren, jedoch der Beirat als solcher wirksam eingerichtet und bestellt war. Dementsprechend war der Beirat nur noch für solche Aufgaben zuständig, welche eben keine Aufsichtsratsähnlichkeit begründeten<sup>25)</sup> (zB Auskunftsrechte, Mitwirkungsrechte bei der Gewährung von Zuwendungen). Mit Inkrafttreten der Novelle ist der Beirat wieder auch für jene Aufgaben zuständig, welche eine Aufsichtsratsähnlichkeit iS der Judikatur begründen.

Ob Vorstandsmitglieder, die von einem vor der Novelle rechtswidrig besetzten Beirat bestellt wurden, wirk-

sam bestellt wurden, ist in der Literatur strittig. Zum einen wird die Auffassung vertreten, dass eine derartige Vorstandsbestellung unwirksam sei,<sup>26)</sup> zum anderen, dass eine derartige Bestellung wirksam sei.<sup>27)</sup> Je nachdem, welcher Auffassung man folgt, ist eine Neubestellung der Vorstandsmitglieder, die von einem vor der Novelle rechtswidrig besetzten Beirat bestellt wurden, erforderlich. Danach richtet sich auch, ob Handlungen, welche von derartigen Vorstandsmitgliedern gesetzt wurden, sofern die allfällige Unwirksamkeit der Bestellung mehr als ein Mitglied betroffen hat, zu wiederholen sind.

Zur Vermeidung von Zweifelsfragen kann es sich daher empfehlen, die Organbestellungen nochmals zu wiederholen und die neu bestellten Organe (Stiftungsvorstand oder Stiftungsbeirat) die bis zum Inkrafttreten der Novelle gefassten Beschlüsse nochmals bekräftigen zu lassen.

#### C. Ergebnisse und Schlussbemerkungen

Die wesentlichen Ergebnisse dieses Beitrags sind wie folgt zusammenzufassen:

→ Soweit die Begünstigten bereits in der Stiftungserklärung als solche bezeichnet sind, besteht – abgesehen von den zum 31. 3. 2011 bestehenden Begünstigten – keine Meldepflicht. Nach einer Feststellung durch die dazu berufene Stelle sind aktuell Begünstigte, also jene Personen, die Zuwendungen von der Stiftung erhalten können, dem Finanzamt unverzüglich elektronisch mitzuteilen. Tritt infolge einer Feststellung iSd § 5 Satz 2 PSG eine Änderung bei den aktuell Begünstigten ein, so ist der neu eintretende Begünstigte (nicht jedoch der ausscheidende Begünstigte) unverzüglich dem Finanzamt elektronisch mitzuteilen. Wer diese Mitteilungspflicht verletzt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Verwaltungsstrafe bis zu € 20.000,- je verschwiegenem oder nicht vollständig mitgeteiltem Begünstigten zu bestrafen.

→ Einem ausschließlich oder überwiegend aus Begünstigten bestehenden Beirat können das Recht zur Bestellung der Vorstandsmitglieder und das auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG eingeschränkte Recht zur Abberufung der Vorstandsmitglieder eingeräumt werden. →

23) Siehe dazu *Arnold*, Unvereinbarkeitsbestimmung für Mitglieder des Stiftungsvorstandes erweitert, *GesRZ* 2009, 287, und *Schimka*, Änderung des Privatstiftungsgesetzes durch das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009, *PSR* 2009, 55. Zur Unbestimmtheit des Begriffs Lebensgefährten s *Oberndorfer/Leitner*, Zur Einbeziehung des Lebensgefährten in die Unvereinbarkeitsbestimmungen des PSG, *ZfS* 2009, 162.

24) Eine derartige Regelung wurde zB im Rahmen des URÄG 2008 in § 94 e GenG aufgenommen. Nach dieser Bestimmung ist der geänderte § 15 Abs 1 GenG, wonach Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft auch durch den Aufsichtsrat bestellt werden können, „auch auf Vorstandsbestellungen anzuwenden, die vor seinem Inkrafttreten erfolgt sind“.

25) Siehe *Csoklich*, Folgen der OGH-Entscheidung zum Begünstigten-einfluss beim aufsichtsratsgleichen Beirat, *PSR* 2010, 4 (13).

26) *Csoklich*, *PSR* 2010, 4 (13).

27) *Arnold*, Einschränkungen für Begünstigte, begünstigtendominierte Beiräte und Stifter, *GesRZ* 2009, 348 (354), und *Nowotny*, Privatstiftungen „in troubles“, *RdW* 2009, 834 und 835.

- Diese Rechte können auch einzelnen Begünstigten, einem Stifter, welcher zugleich Begünstigter ist, oder Rechtsträgern (insb Stiftergesellschaften) eingeräumt werden, welche von Begünstigten kontrolliert werden.
  - Einem ausschließlich oder überwiegend aus Begünstigten bestehenden Beirat können Zustimmungsrechte zu Geschäftsführungsmaßnahmen eingeräumt werden. Es besteht jedoch das Risiko, dass die Judikatur in einem solchen Beirat weiterhin einen unzulässigen aufsichtsratsähnlichen Beirat sieht, auf welchen die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG analog anzuwenden ist.
  - Der Beschluss des Beirats auf Abberufung der Vorstandsmitglieder bedarf einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen. Hat der Beirat weniger als vier Mitglieder, ist Einstimmigkeit erforderlich.
  - Sofern die Vorstandsmitglieder aus anderen als den in § 27 Abs 1 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen abberufen werden, darf den Begünstigten und deren Angehörigen bei dieser Abstimmung nicht die Mehrheit der Stimmen zukommen. Eine unmittelbare Kürzung der Stimmrechte der Begünstigten und deren Angehöriger ist damit jedoch nicht verbunden. Vielmehr ist eine solche in der Stiftungsurkunde zu regeln. Wirken an einem derartigen Abberufungsbeschluss dennoch Begünstigte und deren Angehörige mit und kommt diesen die Mehrheit der Stimmen im Beirat zu, so ist mE jenem Fall, in dem der Beiratsbeschluss auch ohne die Stimmen der Begünstigten und ihrer Angehörigen die erforderliche Dreiviertel-Mehrheit findet, iS der Kausalitätstheorie von einem wirksamen Beschluss auszugehen.
  - Auch nach der Novelle ist eine Abberufung von Vorstandsmitgliedern nur bei Vorliegen eines wichtigen oder sachlichen Grundes zulässig.
  - Personen, die von einem Begünstigten oder Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand (oder Aufsichtsrat) beauftragt wurden, sind von der Funktion als Vorstandsmitglied (oder Aufsichtsratsmitglied) ausgeschlossen. Es besteht das Risiko, dass die Judikatur weiterhin in der Übernahme sonstiger Mandate, die einen Bezug zur Stiftung aufweisen, eine Unvereinbarkeit iSd § 15 Abs 2 PSG sieht.
  - Die Novelle sieht keine automatische Sanierung von Altfällen vor. Nach der hier vertretenen Auffassung sind bisher rechtswidrig besetzte Stiftungsbeiräte nicht neu zu bestellen. Hingegen besteht uU die Notwendigkeit, Vorstandsmitglieder, die von einem bis zum Inkrafttreten der Novelle rechtswidrig besetzten Stiftungsbeirat bestellt wurden, neu zu bestellen.
- Insgesamt ist die Novelle als positiv zu beurteilen. Die Rechte der Begünstigten werden durch diese Novelle gestärkt. Dem Grundgedanken, dass niemand besser geeignet ist, Kontrolle über die Stiftung auszuüben, als die Begünstigten, welche wirtschaftliche Nutznießer, aber auch Leidtragende des Stiftungsgeschehens sind, wird damit Rechnung getragen. Bedauerlich ist, dass einige zentrale Fragen nur in den Gesetzesmaterialien angesprochen, aber nicht im Gesetzestext geregelt wurden.

### → In Kürze

Das Recht zur Bestellung der Vorstandsmitglieder und das auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG eingeschränkte Recht zur Abberufung der Vorstandsmitglieder können nach der Novelle jedenfalls auch einem begünstigtendominierten Beirat eingeräumt werden. Einem solchen Beirat kann auch das Recht zur Zustimmung zu bestimmten wichtigen Maßnahmen vorbehalten werden. Auch nach der Novelle können Mitglieder des Stiftungsvorstands nur bei Vorliegen eines wichtigen oder sachlichen Grundes abberufen werden. Unwirksame Organbestellungen, die vor dem Inkrafttreten der Novelle vorgenommen wurden, werden durch die Novelle nicht automatisch saniert.

### → 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, GesFRZ 2009, 12; Auswirkungen der jüngsten OGH-Judikatur auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen, PSR 2010, 56; Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010, 108.

