

# STIFTUNGSWESEN

STIFTUNGSRECHT UND VERMÖGENSVERWALTUNG

September 2015 / Nr. 3, Seiten 97–256

---

## Jubiläumsausgabe

### Zehn Jahre ZFS – Beiträge aus Zivil- und Steuerrecht

Mit Beiträgen von

Nikolaus Arnold, Martina Benedetter, Andrei Bodis, Robert Briem,  
Peter Csoklich, Maximilian Eiselsberg, Alexander Hasch, Florian  
Haslwanger, Gerhard Hochedlinger, Susanne Kalss, Martin Karollus,  
Patrick Knörzer, Georg Kofler, Katharina Kubik, Stephanie Langeder,  
Wolfgang Lauss, Eduard Lechner, Ernst Marschner, Sandra Moser,  
Christian Nowotny, Klaus Oberndorfer, Michael Petritz, Ingrid Rattinger,  
Regina Reiter, Christian Stangl, Johannes Wolfgruber, Dominik Zobl

---

Herausgeber: Klaus Oberndorfer, Ernst Marschner

## Zur Übernahme der Gründungskosten durch die Privatstiftung\*

Es entspricht dem Regelfall, dass die mit der Gründung einer Privatstiftung verbundenen Kosten von der Privatstiftung getragen werden. In einem Verfahren nach § 17 Abs 5 PSG wurde auch in zweiter Instanz der Antrag auf Übernahme des Honorars eines Vorstandsmitgliedes für seine Tätigkeit im Zusammenhang mit der Gründung der Privatstiftung abgewiesen. Nach Auffassung des OLG Wien sind keine Gründe ersichtlich, warum die Übernahme des Honorars im Interesse der Privatstiftung liegen und somit ihrem Wohl entsprechen soll. Im Folgenden ist zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Privatstiftung die Übernahme von Gründungskosten gestattet ist.

**Deskriptoren:** Gründungskosten, Geschäftsführung ohne Auftrag, Verwendungsanspruch.

**Normen:** § 12 Abs 2 PSG, § 17 Abs 5 PSG, § 1037 ABGB, § 1042 ABGB.

Von Robert Briem

### 1. Die Entscheidung des OLG Wien vom 20.8.2012<sup>1</sup>

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hat eine Privatstiftung ca. fünf Monate nach ihrer Eintragung im Firmenbuch gemäß § 17 Abs 5 PSG beantragt, „das Rechtsgeschäft der \*\*\* [Privatstiftung] mit dem Vorstandsvorsitzenden \*\*\* über die Gründungskosten gemäß Honorarnote vom 30.6.2011 über insgesamt EUR 46.017,72 zu genehmigen.“

In der Begründung zu diesem Antrag wurde ausgeführt, der Vorstandsvorsitzende habe „sämtliche Vorarbeiten und Arbeiten zur Stiftungsgründung geleistet, sowohl zivilrechtlich als auch steuerrechtlich“. In der Stiftungsurkunde sei das „Honorar für die Beratung und Vertretung betreffend Gründungskosten der Stiftung“ nicht geregelt worden. Dem Antrag wurde eine Leistungsaufstellung beigelegt.

Im Rahmen eines Verbesserungsverfahrens wurde die Privatstiftung u.a. aufgefordert, darzulegen, weshalb ein so hoher Zeitaufwand erforderlich gewesen sei, sowie Erklärungen des Stiftungsprüfers und des Stifters zur Honorarnote vorzulegen. Die Privatstiftung hat im weiteren Verfahren vorgebracht, der Vorstandsvorsitzende „habe sämtliche Vorarbeiten zur Stiftungsgründung getätigt. Es sei ausführlich diskutiert worden, in welcher Form das Stiftungsvermögen eingebracht werden solle und es sei zu – in der Sphäre des Stifters gelegenen – Änderungen gekommen. Die Leistungen seien umso auf-

wändiger gewesen, als sich der Stifter seiner Widerrufs- und Änderungsmöglichkeiten aus familiären Gründen begeben habe“. Der Stiftungsprüfer brachte im Wesentlichen vor, dass (a) die Gründung einer „diskretionären“ Stiftung, bei welcher sich der Stifter das Änderungs- und Widerrufsrecht nicht vorbehalte, wegen der damit verbundenen „Versteinerung der Stiftungsstatuten“ erfahrungsgemäß einen höheren Beratungsaufwand als bei „normalen“ Stiftungen erfordere, und (b) der Stifter beabsichtige, Kapitallebensversicherungen in erheblicher Höhe zu widmen. Die Prüfung der steuerlichen Folgen einer derartigen Vermögenswidmung sei eine komplexe Fragestellung, welche ebenfalls eingehende Recherchen erfordere. Der Stifter gab eine Erklärung ab, wonach es dessen „ausdrücklicher Wille [sei], dass das Gründungshonorar von der \*\*\* bezahlt werden soll“. Der weiteren Aufforderung des Erstgerichtes, eine Erklärung des Stifters vorzulegen, in der die Höhe des Honorars aufscheine und sich der Stifter mit der Bezahlung des Honorars in dieser Höhe durch die Stiftung einverstanden erkläre, wurde nicht entsprochen. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass sich der Stifter weder das Änderungs- noch das Widerrufsrecht vorbehalten habe und damit auch keine Möglichkeit habe, die in der Stiftungszusatzurkunde vorgesehene Regelung der Vorstandsvergütung zu beeinflussen.

Das Erstgericht wies den Genehmigungsantrag mit der Begründung zurück, dass die Honorarnote über die Gründungskosten im Betrag von EUR 46.917,42 unüblich hoch sei und dass eine Honorarnote kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 17 Abs 5 PSG sei.

Das OLG Wien gab dem dagegen erhobenen Rekurs keine Folge, änderte jedoch den erstinstanzlichen Beschluss dahingehend ab, dass der Genehmigungsantrag abgewiesen [statt zurückgewiesen] wurde. Die wesentliche Entscheidungspassage der Begründung lautet wie folgt:

\* Stand 6. März 2015.

1 28 R 56/12d, ZFS 2013, 201 f.

„Schuldner des Beratungshonorars und der Gründungskosten ist nach allgemeinen Grundsätzen der jeweilige Auftraggeber, doch kann ein Dritter – etwa durch Vertrag mit dem Gläubiger – der Schuld beitreten oder sie übernehmen (§ 1405 f ABGB).

Auch wenn daher entgegen der Ansicht des Erstgerichts sehr wohl die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts, nämlich die Übernahme des Honorars durch die Privatstiftung, angestrebt wird, sind keine Gründe ersichtlich, warum dies in deren Interesse liegen und somit ihrem Wohl entsprechen soll. Schon aus diesem Grund ist die Genehmigung zu versagen. Im Ergebnis zutreffend ist im Übrigen der Hinweis des Erstgerichts auf die Höhe des Honorars, welches einen Großteil des Mindest(anfangs)vermögens (vgl 1 Ob 214/09 s) von EUR 70.000,- (§ 4 PSG) aufbrauchen würde. Da das Erstgericht damit auch inhaltlich zum Genehmigungsantrag Stellung nimmt, hat es – ungeachtet seiner Wortwahl – eine meritorische Entscheidung getroffen, welche [...] bestätigt wird.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

## 2. Bedarf die Übernahme der Gründungskosten einer Verankerung in der Stiftungserklärung?

2.1. Unter **Gründungskosten** werden in diesem Beitrag alle Aufwendungen verstanden, die bei der Gründung oder ihrer Vorbereitung im Interesse der Privatstiftung gemacht worden oder entstanden sind.<sup>2, 3</sup> Hierzu zählen insbesondere die Kosten für die Tätigkeit des Notars und der Beratung durch einen Rechtsanwalt oder Steuerberater.<sup>4</sup> Gemeinsam ist diesen Kosten, dass Auftraggeber für die zugrunde liegenden Kosten der oder die Stifter sind und diese Kosten somit auf die Privatstiftung **überwälzt** werden sollen.

Der Hauptaufwand im Zusammenhang mit der Gründung einer Privatstiftung besteht in der Regel in der Ver-

fassung der Stiftungserklärung (Rechtsanwalt oder Notar), allenfalls der Anpassung der Gesellschaftsverträge von Gesellschaften, an denen die Privatstiftung zukünftig beteiligt ist,<sup>5</sup> sowie der Prüfung steuerrechtlicher Fragen, letzteres insbesondere dann, wenn der Privatstiftung nicht nur Barvermögen gewidmet wird oder ein grenzüberschreitender Bezug (zB ausländische Stifter oder ausländische Begünstigte)<sup>6</sup> vorliegt.

Diese Aufwendungen fallen zum überwiegenden Teil in der Phase der **Vorgründungsstiftung**, also vor der Errichtung der Stiftungserklärung, an. Sofern die Aufwendungen nach Errichtung der Stiftungserklärung, also bereits in der Phase der **Vorstiftung**, entstehen, gilt die Handelndenhaftung nach § 7 Abs 2 PSG und gehen die zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse nach Eintragung der Privatstiftung auf diese über.<sup>7</sup> Eine Überwälzung der Aufwendungen, die auf vom Stiftungsvorstand in der Vorstiftungsphase beauftragte Leistungen zurückgehen, auf die Stiftung bedarf es in diesem Fall nicht mehr, weil nach erfolgter Eintragung im Firmenbuch ohnehin die Privatstiftung als Auftraggeber anzusehen ist.

**Kein Gründungsaufwand** im hier verstandenen Sinn sind Aufwendungen, bei denen die Stiftung ohnehin Schuldner ist und daher keine Überwälzung auf die Stiftung erfolgen muss.<sup>8</sup> Hierzu zählen etwa die Stiftungseinkangssteuer, bei der die Stiftung alleiniger Steuerschuldner ist (§ 1 Abs 3 ErbStG), die Grunderwerbsteuer, bei der die Stiftung allenfalls neben anderen Beteiligten Steuerschuldner ist (§ 9 GrEStG), und die Gerichtskosten, wenn einschreitende Partei die Privatstiftung (allenfalls in Form der Vorstiftung) ist.<sup>9</sup> Dasselbe gilt für die Entlohnung des Gründungsprüfers, welche von der Stiftung zu tragen ist (§ 12 Abs 4 PSG).<sup>10</sup>

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist jedoch die Frage, ob auch die in der Vorgründungsstiftung angefallenen Aufwendungen auf die Stiftung überwälzt werden dürfen.

2 Vgl Eckhardt in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropf, AktG [1984] § 26 Rz 30, Seibt in Schmidt/Lutter (Hrsg), AktG [2008] § 26 Rz 14, A. Arnold in Kölner Kommentar zum AktG<sup>3</sup> [2011] § 26 Rz 20, Heidinger/Schneider in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG<sup>5</sup> [2011] § 19 Rz 12. Im aktienrechtlichen Schrifttum wird in Anlehnung an den Wortlaut des § 19 Abs 2 AktG (§ 26 Abs 2 dAktG) überwiegend der Begriff „Gründungsentschädigung“ verwendet, in Abgrenzung zum „Gründerlohn“, verstanden als Tätigkeitsvergütung für die Mitwirkung bei der Gründung und ihrer Vorbereitung (siehe nur Seibt in Schmidt/Lutter (Hrsg), AktG [2008] § 26 Rz 15).

3 Auch für Privatstiftungen gilt kraft Verweises in § 18 PSG das Aktivierungsverbot des § 197 Abs 1 UGB für Gründungsaufwendungen.

4 Seibt in Schmidt/Lutter (Hrsg), AktG [2008] § 26 Rz 14; A. Arnold in Kölner Kommentar zum AktG<sup>3</sup> [2011] § 26 Rz 17.

5 Zusätzlich sind im Zusammenhang mit der Errichtung von Privatstiftungen regelmäßig erbrechtliche Fragen, insbesondere betreffend das Pflichtteilsrecht, zu prüfen.

6 Sind Begünstigte der österreichischen Privatstiftung zB in Deutschland ansässige Personen, so bedarf die Frage, ob die österreichische Privatstiftung der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung nach § 15 AußStG unterliegt, einer eingehenden Prüfung.

7 Siehe Csoklich in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz [1994] 54; Arnold, PSG<sup>3</sup> [2013] § 7 Rz 19.

8 In diesem Sinne auch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> [2007] § 7 Rz 10: „Denn es liegt auf der Hand, dass der Gesellschaftsvertrag nichts bestimmen muss, wenn die Gesellschaft nur den Teil des Gründungsaufwands trägt, den sie selbst kraft Gesetzes schuldet.“

9 Siehe Arnold, PSG<sup>3</sup> [2013] § 12 Rz 86.

10 Nur dann, wenn die Stiftung nicht entsteht, also nicht im Firmenbuch eingetragen wird, ist diese Entlohnung nach § 11 Abs 4 PSG vom Stifter zu tragen.

2.2. Zunächst fällt auf, dass das PSG keine Parallelregelung zu § 7 Abs 2 GmbHG und § 19 Abs 2 AktG enthält, wonach der Ersatz von Gründungskosten durch die Gesellschaft einer satzungsmäßigen Grundlage in Form eines Höchstbetrags bedarf.<sup>11</sup>

Hieraus könnte der Schluss gezogen werden, dass das PSG den Ersatz der Gründungskosten uneingeschränkt zulässt, oder aber, dass der Ersatz der Gründungskosten jedenfalls unzulässig ist. Beides wird von U. Torggler verneint. Er erklärt das Schweigen des Gesetzgebers zum einen mit der praktischen Entbehrlichkeit einer solchen Bestimmung (nach seiner Auffassung habe in der weitaus überwiegenden Anzahl der Fälle die Stiftung nur einen Stifter, weshalb kein Bedürfnis nach „Vergesellschaftung“ der Gründungskosten bestehe), zum anderen mit dem Umstand, dass die Festsetzungen gemäß § 7 Abs 2 GmbHG und § 19 Abs 2 AktG den Zweck haben, Mitgesellschaftern und Verkehrsteilnehmern, insbesondere potentiellen Gläubigern, die Beurteilung der Solidität der gegründeten Gesellschaft zu ermöglichen. Ein entsprechendes Informationsbedürfnis bestehe bei Privatstiftungen infolge des Verbots gewerbsmäßiger Tätigkeit gemäß § 1 Abs 2 Z 1 PSG nicht. U. Torggler<sup>12</sup> kommt zu folgendem Ergebnis:

*„Daher dürfen mE Verbindlichkeiten der Privatstiftung [Anm: im Original kursiv] jedenfalls ohne „Festsetzung“ in der Stiftungsurkunde beglichen werden, also auch dann, wenn sie Gründungskosten iS des § 7 Abs 2 GmbHG, § 19 Abs 2 AktG sind. Das gilt insbesondere für Prüfungskosten gem § 11 Abs 4 PSG, mE aber auch für solche Verbindlichkeiten auf Grund der Gründung, die aus Handlungen des Stiftungsvorstands im Gründungsstadium herrühren und analog § 2 Abs 4 VerG von den Handelnden (§ 7 Abs 2 PSG) auf die entstandene Privatstiftung übergegangen sind. Hingegen können Aufwendungen oder Verpflichtungen des Stifters aus der Gründung vom Stiftungsvorstand mE nur auf Grund einer „Festsetzung“ analog § 7 Abs 2 GmbHG und § 19 AktG übernommen werden, ohne mit seinen auf die Verfolgung des Stiftungszwecks gerichteten Verpflichtungen in Konflikt zu geraten.“* (Hervorhebungen in Fettschrift durch den Verfasser)

U. Torggler nimmt somit eine planwidrige Lücke im PSG an und schließt diese analog den Regelungen des § 7 Abs 2 GmbHG und § 19 Abs 2 AktG.

2.3. Ehe zur Rechtsansicht von U. Torggler Stellung zu nehmen ist, bedarf es der Prüfung, welche Überlegungen

hinter den kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen stehen. Nach Pentz<sup>13</sup> stehen hinter § 26 Abs 2 dAktG (§ 19 Abs 2 öAktG) Billigkeitsüberlegungen. Es soll den Gründern nicht zugemutet werden, Aufwendungen, die der Gesellschaft ebenfalls entstanden wären oder die in ihrem Interesse getätigt wurden, endgültig selbst zu tragen. Nach U. Torggler<sup>14</sup> haben die Gründer einer GmbH (bis zu dem im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Höchstbetrag) einen „Anspruch auf Ersatz von Errichtungskosten gegen die Ges (§ 1042 ABGB)“. Abgesehen von diesen knappen Hinweisen findet man in jüngeren Kommentaren keine Ausführungen zur Frage der Rechtfertigung dafür, weshalb die Gesellschaft den vor ihrer Entstehung entstandenen Aufwand tragen soll.

Die aktienrechtliche Regelung geht auf die Aktienrechtsnovelle 1884 zurück und sollte Missbräuche verhindern, die während der Gründerzeit in den Jahren nach 1871 aufgetreten waren. Damals pflegten sich „gewisse Aktionäre [...] besondere Vorteile auszubedingen. Dieselben können doppelter Art sein. Einerseits kann es sich um bloße gesellschaftsrechtliche Vorzugsrechte handeln [...]. Andererseits kann es sich um eine Abgeltung für die bei der Gründung geleisteten Dienste aus dem Grundkapital der Gesellschaft oder zu Lasten derselben handeln.“<sup>15</sup> Demgemäß behandelt die aktienrechtliche Vorschrift Sondervorteile zugunsten einzelner Aktionäre (§ 19 Abs 1 AktG) und den Gründungsaufwand (§ 19 Abs 2 AktG). Beide werden nicht verboten. Ihre Rechtswirksamkeit hängt jedoch davon ab, dass sie in der Satzung festgesetzt werden, damit sie jedem Dritten erkennbar sind. Das Gesetz versucht somit die Missbrauchsgefahr „mit der Waffe der Öffentlichkeit“ zu bekämpfen.<sup>16</sup> Darüber hinaus stehen hinter dieser Regelung Gläubigerschutzüberlegungen.<sup>17</sup>

Wesentlich ist, dass der Gesetzgeber durch die Regelung in § 19 Abs 2 AktG nicht eine Rechtsgrundlage dafür geschaffen hat, dass Gründungskosten überhaupt auf die Gesellschaft überwältzt werden dürfen. Vielmehr setzt diese Regelung die Zulässigkeit der Überwälzung der Gründungskosten voraus, bindet jedoch die Überwälzung an das Erfordernis der satzungsmäßigen Verankerung, um Missbräuche zu verhindern.

Ähnlich ist die Entstehungsgeschichte des § 7 GmbHG, welcher bereits in der Stammfassung 1906 enthalten war. Nach den Materialien zu § 7 Abs 2 GmbHG<sup>18</sup> besteht kein Grund dafür, die gleiche Zurückhaltung wie bei Sacheinlagen nach § 6 GmbHG gegenüber Beloh-

11 U. Torggler, Die Verbandsgründung [2009] 559.

12 U. Torggler, Die Verbandsgründung [2009] 561.

13 In Münchener Kommentar zum AktG<sup>3</sup> [2008] § 26 Rz 11.

14 In U. Torggler (Hrsg), GmbHG [2014] § 7 Rz 10.

15 Begründung zum Regierungsentwurf der Novelle 1884, Aktenstück Nr 21, S 263, zitiert nach Eckardt in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropf, AktG [1984] § 26 Rz 2.

16 Siehe zum Ganzen Eckardt in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropf, AktG [1984] § 26 Rz 2.

17 Seibt in Schmidt/Lutter (Hrsg), AktG [2008] § 26 Rz 2.

18 RV 236 BlgHH 17. Sess. 60 (abgedruckt bei Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts [2005] 486).

nungen einzunehmen, „welche sich häufig die Gründer einer Gesellschaft für deren Finanzierung oder sonst für die Vorbereitungsarbeiten ausbedingen (sogenannte Gründungsprovisionen). Der gegenwärtig herrschenden Anschauung dürfte es entsprechen, solche Belohnungen schlankweg zu verbieten und nur den Ersatz des baren Aufwandes zuzulassen, der den Gründern aus ihrer Tätigkeit erwachsen ist. Hinsichtlich dieses Aufwandes bedarf es aber einer ähnlich vorsichtigen Maßregel, wie gegenüber den Apports [Anm: Sacheinlagen]; dem trägt Abs 2 des § 7 Rechnung.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser) Dem Herrenhausbericht<sup>19</sup> ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber Vorsorge dafür treffen wollte, den Gesellschaftern eine für die Prüfung ihrer Interessen taugliche Grundlage zu sichern. Daraus ergebe sich die Pflicht zur Festsetzung der Sacheinlagen, der Gründervorteile und des Maximalbetrages der Gründungskosten im Gesellschaftsvertrag, „also über jene Verhältnisse, die nur zu oft zu Missbräuchen Anlass gegeben haben“. Auch hier wird die Zulässigkeit der Überwälzung von Gründungskosten auf die Gesellschaft vorausgesetzt. Im Vordergrund steht die Vermeidung von Missbräuchen. Zum deutschen GmbHG, welches eine den § 7 Abs 2 öGmbHG und § 26 Abs 2 dAktG (§ 19 Abs 2 öAktG) vergleichbare Vorschrift nicht kennt, entspricht es der mittlerweile herrschenden Auffassung, dass die aktienrechtlichen Bestimmungen analog anzuwenden sind, also im Gesellschaftsvertrag der Höchstbetrag der Gründungskosten anzugeben ist.<sup>20</sup> Im älteren deutschen Schrifttum, insbesondere vor der GmbH-Novelle 1980, war diese Frage jedoch strittig. So wurde noch 1956<sup>21</sup> die Auffassung vertreten, dass aus dem Fehlen einer dem § 19 Abs 2 AktG entsprechenden Regelung nicht folgt, dass solche Gründerentschädigungen unzulässig sind, wohl aber, dass sie nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden müssen. Es liege hier eine Kautelarbestimmung vor, deren Übernahme auf die GmbH nicht erforderlich schien. Die Regelungen der §§ 30 und 31 dGmbHG (Verbot der Einlagenrückgewähr) genügen, um eine Zahlung aus Mitteln des Stammkapitals zu verbieten. „Eine aus Billigkeitsgründen angemessen scheidende Vergütung aus anderen Mitteln sei aber leicht zu

beschaffen. [...] A.M. Brodmann, Anm. 8 zu § 5, der die Gewährung einer Gründerentschädigung gerade von der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag abhängig machen will, allerdings nicht unter Berufung auf gesetzliche Bestimmung, sondern auf der irrigen Ansicht aufbauend, daß die Gründungskosten die Gesellschaft nichts angingen, vielmehr Aufwendungen der Gründer in persönlicher Angelegenheit seien. Für die GmbH gilt, wie für die AG, daß die Gründungskosten nur im Hinblick auf die künftige Existenz der Gesellschaft aufgebracht werden – als eine Art auftraglose Geschäftsführung für diese.“<sup>22</sup> (Hervorhebung durch den Verfasser)

2.4. Hierin – nämlich im Rechtsinstitut der **Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)** – liegt mE der Schlüssel zur Lösung des Problems. Die Stifter der Privatstiftung tätigen bestimmte Aufwendungen, um die Gründung und die rechtliche Existenz der Privatstiftung erst zu ermöglichen. Mag die Gründung der Privatstiftung auch im Interesse der Stifter liegen, so sind die auf die Gründung der Privatstiftung gerichteten Tätigkeiten jedoch primär im Interesse der Privatstiftung. Gäbe es diese vorgelagerten Tätigkeiten nicht, könnte die Privatstiftung niemals rechtlich existent werden.

Zu prüfen ist daher, ob eine sogenannte **nützliche GoA** iS des § 1037 ABGB vorliegt. Nützliche GoA setzt Folgendes voraus:

- (i) objektive Fremdbezogenheit des Geschäftes und Geschäftsführungsabsicht;
- (ii) Handeln zum klaren und überwiegenden Vorteil eines anderen;
- (iii) das Bemühen um die Einwilligung des Geschäftsherrn;

Das **Geschäft** ist nur dann **fremdbezogen**, wenn es einer fremden Wirtschaftssphäre zuzuordnen ist.<sup>23</sup> Im Konkreten ist zu fragen, wer – ohne Dazwischentreten des Geschäftsführers – Nutzen und Lasten der konkreten Tätigkeit getragen hätte.<sup>24</sup> Die Voraussetzung, dass der Geschäftsführer fremde Interessen fördert, ist auch dann erfüllt, wenn er auch *eigene* Interessen verfolgt. Ist der für die Verfolgung fremder Interessen gemachte Aufwand jedoch von der eigenen Sphäre des Geschäftsführers nicht abtrennbar, so scheidet GoA aus.<sup>25</sup>

19 HHB 272 BlgHH 17. Sess. 5 (abgedruckt bei Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts [2005] 486).

20 Siehe nur Zeidler in Michalski (Hrsg), GmbHG<sup>2</sup> [2010] § 5 Rz 202; Bayer in Lutter/Hommelhoff (Hrsg), GmbHG<sup>18</sup> [2012] § 3 Rz 78; Ulmer in Hachenburg (Hrsg), GmbHG<sup>8</sup> [1992], § 5 Rz 185.

21 Hachenburg, GmbHG<sup>6</sup> [1956] § 5 Anm 61.

22 Hachenburg, GmbHG<sup>6</sup> [1956] § 5 Anm 61; Der Hinweis auf Ansprüche „aus der Geschäftsführung“ (wohl gemeint: Geschäftsführung ohne Auftrag) findet sich bereits bei Staub-Hachenburg, GmbHG<sup>3</sup>, § 5 Anm 63 und bei Feine, GmbH, in Ebrenberg (Hrsg), Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd 3, III. Abteilung, 133

(beide zitiert nach OGH 15. Mai 1934, 1 Ob 401/34, Rspr 1934/264).

23 Rummel in Rummel (Hrsg), ABGB, Bd I<sup>3</sup> [2000] § 1035 Rz 3; Lurger in Kletecka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON [2010] § 1036 Rz 5; Apathy in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB, Bd 4 [2014] § 1035 Rz 5.

24 Meissel, Geschäftsführung ohne Auftrag [1993] 65.

25 Siehe zuletzt im Zusammenhang mit dem Erbensucher OGH 21.8.2014, 3 Ob 228/13w.

Bezogen auf die Gründungskosten der Privatstiftung ergibt sich hieraus Folgendes: Die Gründung der Stiftung ist eindeutig der Wirtschaftssphäre der Stiftung zuzuordnen. Ohne Gründung, und die damit verbundenen Kosten, würde die Stiftung nicht existent werden. Dass die Errichtung der Stiftung auch im Interesse der Stifter liegt, schadet nicht. Dieser Vorteil ist nämlich als bloßer „Reflexvorteil“ zu werten.<sup>26</sup> Der unmittelbare Vorteil der Gründung der Stiftung tritt nur bei dieser ein. Für dieses Ergebnis spricht auch der bereicherungsrechtliche Hintergrund der GoA.<sup>27</sup> Da sich der Geschäftsherr (hier: die Privatstiftung) nicht auf Kosten des Geschäftsführers (hier: idR der Stifter) bereichern soll, schuldet sie Aufwandsersatz.<sup>28</sup>

Weiteres Erfordernis für eine GoA ist die **Absicht in fremdem Interesse tätig zu werden**. Altruismus, insbesondere Schenkungsabsicht, ist jedoch nicht erforderlich.<sup>29</sup> Es reicht die bloße Absicht, ein fremdes Geschäft zu führen. Auch die Person des Begünstigten muss noch nicht feststehen.<sup>30</sup> Der Geschäftsführer braucht den Geschäftsherrn nicht zu kennen.<sup>31</sup> Auch ein Irrtum über die Person des Geschäftsherrn schadet nicht.<sup>32</sup>

Bezogen auf die Gründungskosten der Privatstiftung ergibt sich hieraus Folgendes: Die Gründung der Stiftung und deren Vorbereitung erfolgen zu dem Zweck und in der Absicht, einen Rechtsträger zu schaffen, dem Rechtspersönlichkeit zukommt. Die Stiftung ist ab ihrer Errichtung ein vom Stifter losgelöster Rechtsträger. Charakteristisch für eine Privatstiftung ist der Umstand, dass dem „eigentümerlosen“ Vermögen Rechtspersönlichkeit zuerkannt wird, wodurch eine Verselbständigung des Vermögens erreicht wird.<sup>33</sup> Die Privatstiftung ist ein Vermögenssubjekt, das vom Stifter getrennt und rechtlich verselbstständigt ist. Der Stifter überträgt das von ihm gewidmete Vermögen an eine andere Rechtsperson (die Privatstiftung). Deren Vermögen wird fortan von den Organen der Privatstiftung verwaltet. Der Stifter ist nicht Mitglied der Stiftung oder Eigentümer des Stiftungsvermögens.<sup>34</sup> MaW erfolgen die Aufwendungen, die den Gründungskosten zugrunde liegen, in der Absicht, damit die notwendigen Voraussetzungen für die Errichtung eines neuen Rechtsträgers zu schaffen. Unmittelbar Begünstigter dieses Aufwandes ist der neu

geschaffene Rechtsträger, die Privatstiftung. Sollte die Geschäftsführungsabsicht fehlen, so ist ein Verwendungsanspruch nach § 1042 ABGB gegeben (siehe unten Punkt 2.5.).

Weitere Voraussetzung einer nützlichen GoA ist das Handeln **zum klaren und überwiegenden Vorteil eines anderen**. Verlangt wird somit ein Handeln zum eindeutigen Vorteil des Geschäftsherrn. Der Aufwand muss unter Berücksichtigung der erkennbaren (mutmaßlichen) Absicht des Geschäftsherrn bei vernünftiger Betrachtung dessen Verhältnisse verbessert haben, diesen also tatsächlich bereichert haben.<sup>35</sup> Diese Voraussetzung ist bei den Gründungskosten einer Privatstiftung klar zu bejahen. Ohne die Tätigkeiten, die den Gründungskosten zugrunde liegen (zB Honorar des Vertragsverfassers), würde die Privatstiftung nicht rechtlich existent werden.

Das Erfordernis „**Bemühen um Einwilligung des Geschäftsherrn**“ hat im konkreten Zusammenhang keine praktische Bedeutung: Die Stiftung (als Geschäftsherr) ist in der Vorgründungsphase noch nicht existent (und anders als die Vorstiftung nicht einmal eingeschränkt rechtsfähig), weshalb sie auch nicht um Einwilligung gefragt werden kann.

Es sind somit sämtliche Voraussetzungen einer nützlichen GoA erfüllt. Allenfalls könnte noch überlegen werden, ob § 864 Abs 2 ABGB (unbestellte Zuwendung von Waren) dem Anspruch aus GoA entgegensteht. Diese Regelung ist analog auf unaufgefordert erbrachte Dienstleistungen anzuwenden. Gegen eine Anwendung dieser Bestimmung spricht jedoch in casu bereits der Umstand, dass der Geschäftsführer gar keine Möglichkeit hatte, vor Erbringung seiner Dienstleistung einen Vertrag mit der Stiftung abzuschließen, weil diese im Zeitpunkt der Erbringung der Dienstleistung noch nicht rechtlich existent war.<sup>36</sup>

2.5. Selbst dann, wenn die Geschäftsführungsabsicht (Absicht in fremdem Interesse tätig zu werden) ausnahmsweise fehlen sollte (zB auf Grund der irrigen Annahme des Stifters, dass die Errichtung der Stiftung nur in seinem Interesse liegt), verbliebe immer noch ein **Verwendungsanspruch nach § 1042 ABGB**.<sup>37</sup> Gleich der GoA muss keine bestimmte Person als ersatzpflichtig in

26 Umgekehrt führt eine Verringerung des Stiftungsvermögens ebenfalls nur zu einem mittelbaren Schaden („Reflexschaden“) beim Stifter (siehe OGH 4.11.2013, 10 Ob 22/13b). Zum „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht siehe zuletzt eingehend *Trenker*, *GesRZ* 2014, 10 ff.

27 Siehe zuletzt OGH 21.8.2014, 3 Ob 228/13w.

28 *Apathy* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB, Bd 4<sup>4</sup> [2014] § 1040 Rz 12.

29 Siehe nur *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB, Bd I<sup>3</sup> [2000] § 1035 Rz 3.

30 *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB, Bd I<sup>3</sup> [2000] § 1035 Rz 4.

31 *Apathy* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB, Bd 4<sup>4</sup> [2014] § 1035 Rz 6; *Koziol* in *Koziol/Bollenberger/Bydlinski* (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> [2014] § 1035 Rz 7

32 *Meissel*, *Geschäftsführung ohne Auftrag* [1993] 65.

33 Siehe nur die Rechtsprechungsnachweise bei *Fida/Wrann/Zollner*, *PSG – Systematische Entscheidungssammlung* [2013] § 1 E 1 ff.

34 OGH 4.11.2013, 10 Ob 22/13b.

35 *Apathy* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB, Bd 4<sup>4</sup> [2014] §§ 1036 – 1040 Rz 3.

36 Siehe zum Ganzen OGH 21.8.2014, 3 Ob 228/13w.

37 Siehe *Koziol* in *Koziol/Bollenberger/Bydlinski* (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> [2014], § 1041 Rz 3; *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB, Bd I<sup>3</sup>

Aussicht genommen sein.<sup>38</sup> Schuldner nach § 1042 ABGB ist, wer aus welchem Rechtsgrund immer zur Leistung verpflichtet war und sich diese – endgültig oder vorläufig – erspart.<sup>39</sup> Dies ist in casu die Privatstiftung. Für die Anwendbarkeit des § 1042 ABGB auf Gründungskosten spricht sich im Zusammenhang mit § 7 Abs 2 GmbHG auch *U. Torggler*<sup>40</sup> aus. Wenn Geschäftsführungsabsicht vorliegt, ist strittig, ob § 1042 und §§ 1035 ff ABGB (GoA) nebeneinander anwendbar sind<sup>41</sup> oder eben nur die §§ 1035 ff ABGB.<sup>42</sup> Diese Frage kann jedoch im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben, weil die Voraussetzungen und Rechtsfolgen beider Institute ohnehin weitgehend deckungsgleich sind.<sup>43</sup> Im Folgenden wird daher nur mehr von der nützlichen GoA gesprochen, wobei die Ausführungen für den Verwendungsanspruch nach § 1042 ABGB sinngemäß gelten.

2.6. Als **Zwischenergebnis** ist somit festzuhalten: Rechtsgrundlage für die Überwälzung der Gründungskosten auf die Privatstiftung sind die Regelungen über die **nützliche GoA**. Die Übernahme der Gründungskosten durch die Privatstiftung bedarf daher **keiner Verankerung in der Stiftungserklärung**.<sup>44</sup>

Besteht die Grundlage der Übernahme der Gründungskosten in der nützlichen GoA, so ist es mE auch zulässig, dass der jeweilige Leistungserbringer, welcher über Auftrag des Geschäftsführers (des oder der Stifter) tätig wurde (zB Rechtsanwalt, Notar), über Anweisung des Geschäftsherrn direkt an die Privatstiftung Honorarnote legt. Im Regelfall wird diesem Vorgehen eine Vereinbarung zwischen dem Stifter (Schuldner) und dem Dritten (der Privatstiftung) zugrunde liegen, dass die Privatstiftung die Kosten des Auftragnehmers übernehmen soll. Diese Vereinbarung erzeugt die Wirkung des **Schuldbeitritts**, ohne dass dazu die Zustimmung des Gläubigers (des Auftragnehmers) erforderlich ist.<sup>45</sup> Fordert die Privatstiftung den Gläubiger auf, direkt Honorarnote an die Privatstiftung zu legen<sup>46</sup>, und kommt der

Gläubiger diesem Ersuchen nach, so ist – nach der Zweifelsregel des § 1406 Abs 2 ABGB – hierin ebenfalls nur eine Vereinbarung über einen Schuldbeitritt und nicht über eine private Schuldübernahme zu sehen.<sup>47</sup> Auch eine Schuldübernahme ändert jedoch nichts daran, dass das jeweilige Auftragsverhältnis nur zwischen dem Auftragnehmer und dem Geschäftsführer besteht. Anderes würde nur dann gelten, wenn die Privatstiftung das zugrunde liegende Vertragsverhältnis übernimmt. Eine derartige **Vertragsübernahme** bedarf jedoch der – zumindest schlüssigen – Zustimmung aller Beteiligten<sup>48</sup> (dies sind in casu der Stifter, die Privatstiftung und der Auftragnehmer).

### 3. Welche Grenzen bestehen für die Übernahme der Gründungskosten durch die Privatstiftung?

3.1. Liegt die Rechtsgrundlage für die Übernahme der Gründungskosten in der nützlichen GoA, so ist die Privatstiftung dem Stifter **nur zum Kostenersatz** verpflichtet.<sup>49</sup> Der Ersatzanspruch ist zweifach begrenzt: einerseits durch den Vorteil des Geschäftsherrn, andererseits durch den tatsächlichen Aufwand des Geschäftsführers. Unter Zugrundelegung der Interessen des Geschäftsherrn ist objektiv zu prüfen, ob ihm ein Vorteil erwachsen ist.<sup>50</sup> ME ist diese Voraussetzung nur bei einem Aufwand erfüllt, der **ursächlich mit der Gründung der Privatstiftung** getätigt wurde. Es ist daher nur jener Aufwand zu ersetzen, der für die Gründung oder ihre Vorbereitung getätigt wurde und auch tatsächlich diesem Zweck dient. Es reicht nicht, dass der Aufwand im Hinblick auf die Gründung getätigt wurde, für diese aber nicht ursächlich war. Ursächlich ist im Sinne eines kausaladäquaten Verhaltens zu verstehen.<sup>51</sup> Beratungskosten, die nur im Zusammenhang mit der Errichtung der Privatstiftung stehen, für diese jedoch nicht ursächlich sind (zB Kosten für die Neufassung

[2000] § 1042 Rz 1, welcher jedoch die Auffassung vertritt, dass GoA neben § 1042 anwendbar ist.

38 *Apathy* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB, Bd 4<sup>4</sup> [2014] § 1035 Rz 6.

39 *Apathy* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB, Bd 4<sup>4</sup> [2014] § 1042 Rz 6.

40 In *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG [2014] § 7 Rz 10.

41 In diesem Sinne etwa *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB, Bd I<sup>3</sup> [2000] § 1042 Rz 1 und *Lurger* in *Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON [2010] § 1042 Rz 3.

42 In diesem Sinne *Koziol* in *Koziol/Bollenberger/Bydlinski* (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> [2014] § 1042 Rz 1 und ausdrücklich bei § 1041 Rz 3 sowie *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag [1993] 49, 53.

43 *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB, Bd I<sup>3</sup> [2000] § 1042 Rz 1.

44 In diesem Sinne wohl auch *Arnold*, PSG<sup>3</sup> [2013] § 12 Rz 71.

45 *Mader/Faber* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB, Bd 6<sup>3</sup> [2006] §§ 1405, 1406 Rz 7.

46 In der Regel wird diese Aufforderung nur zum Inhalt haben, Honorarnote an die Stiftung zu legen, ohne die Höhe des zugrunde liegenden Honorars bereits zu präzisieren.

47 Vgl *Mader/Faber* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB, Bd 6<sup>3</sup> [2006] §§ 1405, 1406 Rz 8.

48 *Neumayr* in *Koziol/Bollenberger/Bydlinski* (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> [2014] § 1407 Rz 5; *Ertl* in *Rummel* (Hrsg), ABGB, Bd II<sup>3</sup> [2002] § 1406 Rz 2.

49 *Apathy* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB, Bd 4 [2014] § 1040 Rz 10.

50 *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag [1993] 65.

51 Siehe zum Aktienrecht *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG<sup>2</sup> [2012] § 19 Rz 15. Ähnlich *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>18</sup> [2012] § 3 Rz 64, wonach der Gründungsaufwand nur „im Rahmen des Notwendigen und der Angemessenheit“ beglichen werden darf.

eines Testamentes, welches der geänderten Vermögenslage des Testators nach Errichtung der Privatstiftung Rechnung trägt), sind damit nicht auf die Privatstiftung überwälzbar. Beratungskosten, die im Zusammenhang mit der Änderung von Gesellschaftsverträgen von Gesellschaften stehen, deren Anteile der Privatstiftung zugewendet werden, stehen hingegen in ursächlichem Zusammenhang mit der Errichtung der Privatstiftung. Ein Anspruch auf **Ersatz für die Mühewaltung** des Stifters im Zusammenhang mit der Errichtung der Stiftung besteht insoweit, als im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit ein beruflicher Verdienstentgang eingetreten ist.<sup>52</sup> Dass ein Stifter einen Ersatz für seinen Verdienstentgang verlangt, wird jedoch in der Praxis der Ausnahmefall sein.

3.2. Nach § 12 Abs 2 Z 2 PSG haben sämtliche Mitglieder des Stiftungsvorstandes im Zuge der Anmeldung der Privatstiftung zur Eintragung in das Firmenbuch zu erklären, dass „*sich das Stiftungsvermögen in ihrer freien Verfügung befindet.*“ Nach hM ist diese Bestimmung teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass sich die Erklärung **nur auf das Mindestvermögen iS des § 4 PSG** (also den Betrag von EUR 70.000,-) beziehen muss.<sup>53</sup> Dies ist darin begründet, dass das PSG – abgesehen von den §§ 4, 11 und § 12 Abs 2 Z 2 bis 4 PSG einerseits und § 17 Abs 2 Satz 2 PSG andererseits – keine Vorschriften enthält, welche die Kapitalaufbringung oder die Kapitalerhaltung sichern. Im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften gibt es somit kein im Wert und Bestand gesichertes Stiftungsvermögen, auf welches Gläubiger vertrauen können. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass es abgesehen von § 17 Abs 2 Satz 2 PSG keine Kapitalerhaltungsregeln gibt und somit auch Zuwendungen zulässig sind, welche zur Folge haben, dass das gesetzliche Mindestvermögen unterschritten wird.<sup>54</sup> Bei den Vorschriften über das Mindestvermögen geht es daher nicht primär um den Gläubigerschutz, sondern um eine Seriositätsschwelle, welche bei Gründung der Privatstiftung erreicht werden muss.<sup>55</sup> Andererseits ver-

langt jedoch das Gesetz zumindest die Aufbringung des Mindestkapitals. Der Sicherung dieser Kapitalaufbringungen dienen insbesondere die § 12 Abs 2 Z 2 bis 4 PSG. Die Erklärung, dass sich das Mindestvermögen in der freien Verfügung der Vorstandsmitglieder befindet, bezieht sich auf den Zeitpunkt des Einlangens beim Firmenbuch.<sup>56</sup>

Nach *Arnold*<sup>57</sup> dürfen vom Mindestvermögen die mit der Errichtung zusammenhängenden Abgaben, Gebühren und Kosten **auch vor der Anmeldung zum Firmenbuch** bzw vor der Eintragung der Privatstiftung bezahlt werden. Im Ergebnis gleicher Auffassung ist *U. Torggler*<sup>58</sup>, wonach bei Bezahlung der Gründungskosten aus dem der Stiftung gewidmeten Mindestvermögen „*ein Nachweis analog § 29 Abs 1 Satz 4 AktG und § 10 Abs 3 Satz 4 GmbHG*“ vorzulegen ist.<sup>59</sup> ME ist dieser Ansicht zu folgen. Die Regelungen des PSG über die zwischen der Errichtung und der Entstehung der Privatstiftung erforderlichen Schritte lehnen sich deutlich an das Kapitalgesellschaftsrecht an.<sup>60</sup> Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb das Privatstiftungsrecht, deren Kapitalaufbringungsvorschriften weniger unter dem Blickwinkel des Gläubigerschutzes, als des Erreichens einer Seriositätsschwelle zu sehen sind, hier strenger als das Kapitalgesellschaftsrecht sein soll. Bei den mit der Gründung verbundenen Abgaben und Gebühren kann sich die Privatstiftung ohnehin der Zahlungspflicht nicht entziehen.<sup>61</sup> Diesbezüglich liegt somit jedenfalls eine planwidrige Lücke vor. Dasselbe gilt mE auch für die sonstigen ursächlich im Zusammenhang mit der Gründung stehenden Kosten.

Eine andere Verwendung des Mindestvermögens als zur Begleichung der Gründungskosten ist unzulässig, weil damit der Schutzzweck der §§ 4 und 12 Abs 2 Z 2 PSG unterlaufen würde. Wird **über das Mindestvermögen hinaus Vermögen** gewidmet, so darf dieses Vermögen sowohl vor der Anmeldung zum Firmenbuch als auch vor der Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch verwendet werden.<sup>62</sup> Dieses weitere Vermögen darf auch

52 *Meissel*, Geschäftsführung ohne Auftrag [1993] 196 und *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB, Bd I<sup>3</sup> [2000] § 1036 Rz 4.

53 Siehe nur *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 51, *Arnold*, PSG<sup>3</sup> [2013] § 12 Rz 63 mwN sowie die Nachweise bei *U. Torggler*, Die Verbandsgründung [2009] 118 FN 676.

54 Siehe auch OGH 10.8.2010, 1 Ob 214/09 s: „*Der Stifter kann den Stiftungsvorstand [...] durch entsprechende Änderung der Stiftungserklärung verpflichten, Stiftungsvermögen an ihn oder an von ihm bestimmte Personen auszukehren. Durch die Änderung der Stiftungserklärung ist eine solche Vermögensauskehr auf einfache Art und Weise möglich, weil das PSG eben echte Kapitalerhaltungsvorschriften, insbesondere eine Ausschüttungssperre, nicht kennt.*“

55 *Karollus* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen [2000] 41.

56 *Arnold*, PSG<sup>3</sup> [2013] § 12 Rz 69.

57 PSG<sup>3</sup> [2013] § 12 Rz 71 unter Hinweis auf *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, Bd I<sup>2</sup> [1997] Rz 1/586.

58 *U. Torggler*, Die Verbandsgründung [2009] 561.

59 Mit anderen Worten sind die entsprechenden Gründungskosten durch Belege nachzuweisen (siehe OGH 22.10.1991, 4 Ob 546/91; *Heidinger/Schneider* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG<sup>5</sup> [2011] § 29 Rz 7; *Pentz* in *Münchener Kommentar zum AktG*<sup>3</sup> [2008] § 37 Rz 25).

60 Siehe nur *U. Torggler*, Die Verbandsgründung [2009] 118.

61 Aus diesem Grund ist § 36 Abs 2 dAktG auch auf die „*bei der Gründung angefallenen Steuern und Gebühren*“ beschränkt (siehe *Hüffer*, AktG<sup>9</sup> [2010] § 36 Rz 10).

62 *Arnold*, PSG<sup>3</sup> [2013] § 12 Rz 72.

zur Begleichung von „Sondervorteilen“<sup>63</sup> verwendet werden, die anlässlich der Gründung einem Stifter oder einem Dritten eingeräumt werden. Bei diesen Sondervorteilen handelt es sich um keine Gründungskosten im hier verstandenen Sinn (siehe oben Punkt 2.1.), weil diesen Vorteilen keine Aufwendungen zugrunde liegen, welche bei der Gründung der Stiftung oder ihrer Vorbereitung im Interesse der Stiftung getätigt wurden. Eine Überwälzung dieser „Sondervorteile“ auf die Stiftung nach den Regeln der nützlichen GoA kommt daher nicht in Betracht.

3.3. Oft wird sinngemäß folgende **Kostenregelung in die Stiftungserklärung**<sup>64</sup> aufgenommen:

*„Sämtliche Kosten, Abgaben und Gebühren, die mit der Zuwendung der Vermögenswerte und der Errichtung und Eintragung dieser Stiftung in das Firmenbuch verbunden sind, gehen zu Lasten der Stiftung und sind im Jahresergebnis der Stiftung als Aufwendung zu berücksichtigen.“*

Wie oben bereits zu Punkt 2. aufgezeigt, bedarf die Übernahme der Gründungskosten durch die Privatstiftung keiner Verankerung in der Stiftungserklärung. Ist eine solche jedoch enthalten, so erübrigen sich Diskussionen über die Rechtsgrundlage für die Überwälzung der Gründungskosten auf die Privatstiftung. Soweit sich keine abweichenden Anhaltspunkte ergeben, fallen unter diese Regelung jedoch ebenfalls nur Kosten, die mit der Gründung der Privatstiftung in ursächlichem Zusammenhang stehen (siehe oben Punkt 3.1.). Dies folgt aus der vorgenannten Formulierung der Kostenklausel, welche sich offensichtlich an den kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen anlehnt und die Kostenübernahme vergleichbar regelt.<sup>65</sup>

Darüber hinaus stünde es dem Stifter frei, zu regeln, dass die Stiftung auch einen bestimmten Aufwand zu übernehmen hat, welcher nicht in ursächlichem Zusammenhang mit der Stiftung steht, sondern nur im Hinblick auf die Stiftungsgründung getätigt wurde (siehe hierzu oben Punkt 3.1.). Eine derartige Regelung wäre zulässig. Auch einem Geschenkgeber stünde es frei, seine Zuwendungen von Belastungen abhängig zu machen. Der Stiftung ist die Annahme dieser (mit Belastungen verbundenen) Zuwendung gestattet, solange per Saldo ein positiver Wert der Zuwendung verbleibt. Allerdings

darf durch derartige zusätzliche Belastungen das Mindestvermögen iS des § 4 PSG nicht geschmälert werden.

#### 4. Sonderfall: „Gründungshonorar“ eines Vorstandsmitglieds

4.1. Soweit die im Zusammenhang mit der Gründung der Stiftung und deren Vorbereitung stehende Tätigkeit von einem Vorstandsmitglied erbracht wird, ist unzweifelhaft § 17 Abs 5 PSG anwendbar.<sup>66</sup> Nur für jene Tätigkeiten, welche in der Vorstiftungsphase, also ab Errichtung der Stiftungserklärung erbracht werden, kommt eine Vorstandsvergütung im Sinne des § 19 PSG in Betracht.

Die Übernahme des Honorars eines Vorstandsmitglieds durch die Stiftung bedarf daher gemäß § 17 Abs 5 PSG dann, wenn die Stiftung keinen Aufsichtsrat hat, der Genehmigung aller übrigen Vorstandsmitglieder sowie der Genehmigung des Gerichts. Nach der Judikatur ist das Rechtsgeschäft nur dann zu genehmigen, wenn dieses im Interesse der Stiftung liegt und somit deren Wohl entspricht.<sup>67</sup> Nach Auffassung des OLG Wien in seiner Entscheidung vom 20.8.2012 sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Übernahme des Honorars im Interesse der Stiftung liegen soll und somit ihrem Wohl entsprechen soll. Diese Begründung ist mE unzutreffend. Gleichmaßen könnte man jede nachträgliche Genehmigung von Honoraren von Vorstandsmitgliedern, sei es nach § 17 Abs 5 PSG oder nach § 19 Abs 2 PSG, mit der Begründung versagen, dass die nachträgliche Übernahme dieser Kosten durch die Privatstiftung nicht im Interesse der Stiftung liegt. Bei richtiger Betrachtung ist vielmehr zu fragen, **ob die zugrundeliegende Leistung** (hier die im Zusammenhang mit der Gründung der Stiftung stehende Tätigkeit des Vorstandsmitglieds) **im Interesse der Stiftung lag**. Diese Frage ist eindeutig zu bejahen, andernfalls würde es bereits an dem zugrundeliegenden Anspruch, sei es aus dem Titel der nützlichen GoA oder dem Verwendungsanspruch nach § 1042 ABGB, fehlen. Zwar hat der OGH<sup>68</sup> entschieden, dass ein Vergütungsanspruch nach § 19 Abs 2 PSG nicht auf bereicherungsrechtliche Grundsätze gestützt werden kann, weil dies „einer

63 Zum Begriff siehe *Heidinger/Schneider* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG<sup>5</sup> [2011] § 19 Rz 4.

64 Siehe eine ähnliche Klausel in *Grave*, Musterstatuten für eine Stiftungsurkunde, in *Kraus, Richtig Stiften* [2004] 142. Die Muster-Stiftungsurkunden von *Limberg/Tschugguel*, Privatstiftung, 2010, 99 ff und *Nowotny/Csoklich* in *Erste Bank* (Hrsg), PSG mit Musterfassung [1997] 115 ff enthalten hingegen keine Kostenklausel.

65 Bei den Kapitalgesellschaften wäre in der Satzung zusätzlich der Höchstbetrag des Gründungsaufwandes anzugeben.

66 Siehe bereits OLG Wien vom 20.8.2012, 28 R 56/12d, ZFS 2013, 201 f.

67 Siehe OGH 24.11.2011, 6 Ob 58/11i und 31.8.2006, 6 Ob 155/06x.

68 OGH 10.8.2010, 1 Ob 214/09s. Die Aussagen in dieser Entscheidung gelten mE nicht nur für Ansprüche nach § 19 Abs 2 PSG, sondern auch für solche nach § 17 Abs 5 PSG (siehe *Briem*, ZUS 2012, 66).

*Umgehung der Bestimmung des § 19 Abs 2 PSG gleich [käme]. Die Vorstände könnten dann im Ergebnis durch die Auszahlung der von ihnen allein beschlossenen Vergütung ihre Ansprüche faktisch befriedigen, ohne jemals die Vorgangsweise nach § 19 Abs 2 PSG einzuhalten.*“ Dieses Gegenargument greift im vorliegenden Fall jedoch nicht. Anders als bei einer rechtlich existenten Stiftung besteht bei einer Stiftung in der Vorgründungsphase keine Möglichkeit einen Antrag nach § 17 Abs 5 PSG zu stellen. Eine Umgehung des § 17 Abs 5 PSG durch Unterlassen einer Antragstellung nach dieser Bestimmung ist daher denkunmöglich. Richtigerweise ist daher zu fragen, ob die von dem Vorstandsmitglied in der Vorgründungsphase erbrachte Tätigkeit im Interesse der Stiftung lag und für diese von Vorteil war. Da diese Frage bei Gründungskosten stets dem Grunde nach zu bejahen ist, bleibt nur noch (vergleichbar zu § 19 Abs 1 PSG) zu prüfen, ob die konkrete Höhe des Honorars im Einklang mit den erbrachten Aufgaben und der Lage der Stiftung steht.

Am Genehmigungserfordernis nach § 17 Abs 5 PSG ändert sich mE nichts, wenn der Stifter zunächst das Honorar des Vorstandsmitgliedes trägt und dieses anschließend unter dem Titel der nützlichen GoA oder dem Verwendungsanspruch nach § 1042 ABGB auf die Stiftung überwälzt. Auch in diesem Fall liegt eine Interessenkollision vor, welcher § 17 Abs 5 PSG vorzubeugen versucht.<sup>69</sup> Zudem wäre es andernfalls ein Leichtes, das Genehmigungserfordernis dadurch zu umgehen, dass nicht der Weg der direkten Leistungsverrechnung, sondern der Verrechnung über den Stifter als Mittelsmann gewählt wird.

4.2. Kein Genehmigungserfordernis nach § 17 Abs 5 PSG besteht dann, wenn der Stifter bereits in der Stiftungserklärung (eine Regelung in der Stiftungszusatzurkunde ist somit ausreichend) das Honorar des Vorstandsmitgliedes für die konkret bezeichnete Tätigkeit in einer konkret bezeichneten Höhe genehmigt.<sup>70</sup> Eine bloße allgemeine Kostenklausel, wie in Punkt 3.3. genannt, wäre hierzu nicht ausreichend.

## 5. Ergebnisse

5.1. Rechtsgrundlage für die Überwälzung der Gründungskosten auf die Privatstiftung sind die Regelungen

über die nützliche GoA. Sollte ausnahmsweise die Geschäftsführungsabsicht (Absicht in fremdem Interesse tätig zu werden) fehlen, so ist Rechtsgrundlage ein Verwendungsanspruch nach § 1042 ABGB. Nach Teilen des Schrifttums ist § 1042 ABGB neben § 1037 ABGB anzuwenden.

5.2. Die Übernahme der Gründungskosten durch die Privatstiftung bedarf keiner Verankerung in der Stiftungserklärung.

5.3. Zu ersetzen ist nur jener Aufwand, der für die Gründung der Privatstiftung oder ihre Vorbereitung getätigt wurde und auch tatsächlich diesem Zweck dient. Es reicht nicht, dass der Aufwand im Hinblick auf die Gründung der Privatstiftung getätigt wurde, für diese aber nicht ursächlich war.

5.4. Analog § 29 Abs 1 Satz 4 AktG und § 10 Abs 3 Satz 4 GmbHG dürfen die mit der Errichtung der Stiftung verbundenen Abgaben, Gebühren und Kosten aus dem Mindestvermögen iS des § 4 PSG auch vor der Anmeldung zum Firmenbuch bzw vor der Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch bezahlt werden.

5.5. Wird über das Mindestvermögen hinaus Vermögen gewidmet, so darf dieses zusätzliche Vermögen sowohl vor der Anmeldung zum Firmenbuch als auch vor der Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch verwendet werden.

5.6. Der Stifter kann in der Stiftungserklärung regeln, dass auch jene Gründungskosten, welche nicht unter die Definition gemäß Punkt 5.3. fallen, von der Stiftung zu tragen sind. Allerdings darf durch derartige zusätzliche Belastungen das Mindestvermögen iS des § 4 PSG nicht geschmälert werden.

5.7. Falls es sich bei den Gründungskosten um das Honorar für die Tätigkeit eines Vorstandsmitgliedes handelt, bedarf die Übernahme dieses Honorars gemäß § 17 Abs 5 PSG der gerichtlichen Genehmigung. Die Übernahme dieses Honorars ist – entgegen der Auffassung des OLG Wien – zu genehmigen, wenn die zugrundeliegende Leistung (hier die im Zusammenhang mit der Gründung der Stiftung stehende Tätigkeit) im Interesse der Stiftung lag.

5.8. Kein Genehmigungserfordernis nach § 17 Abs 5 PSG besteht dann, wenn der Stifter bereits in der Stiftungserklärung das Honorar des Vorstandsmitgliedes für die konkret bezeichnete Tätigkeit in einer konkret bezeichneten Höhe genehmigt.

<sup>69</sup> Siehe *Briem*, ZUS 2012, 63.

<sup>70</sup> Siehe OGH 10.8.2010, 1 Ob 214/09s und dazu *Briem*, ZUS 2012, 62.