

Herausgeber:
Franz Althuber
Friedrich Fraberger
Hellwig Torggler

Schriftleiter:
Christian Knauder
Michael Petritz
Friederike Schäfer

Schwerpunktthema: Familienprivatstiftung

Heinrich Weninger:

**Die österreichische Privatstiftung als Träger
eines Familienunternehmens**

Babette Prechtl-Aigner/Andreas Sauer:

**Privatstiftungen und Unternehmensnach-
folgeplanung – Anpassungsbedarf
und Gestaltungsmöglichkeiten**

Peter Feyl:

**Beteiligungsverwaltung durch Familien-
stiftungen und Wahrung der Familieninteressen**

Günther J. Horvath:

**Entstehung, Prävention und außergerichtliche
Schlichtung stiftungsrechtlicher Konflikte**

Michael Petritz/Jürgen Reinold:

**Immobilien und Privatstiftungen: ein umsatz-
und ertragsteuerrechtlicher Überblick
aufgrund jüngster Rechtsprechung und
Gesetzesänderungen**

RA Dr. Robert Briem
Wien

■ ZUS 2012/23, 60

In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG

Nach § 17 Abs 5 PSG bedürfen Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Mitglied des Stiftungsvorstandes, wenn die Privatstiftung keinen Aufsichtsrat hat, der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes und des Gerichts. Im vorliegenden Beitrag wird die Reichweite dieser Bestimmung, insb deren Anwendbarkeit auf Fälle der Doppelvertretung und auf Rechtsgeschäfte mit einem von einem Vorstandsmitglied kontrollierten Rechtsträger, untersucht.

1. Einleitung

Interessenkollisionen können bei Privatstiftungen in vielfältiger Weise auftreten. Der klassische Fall ist jener, dass die Privatstiftung ein Rechtsgeschäft mit einem Vorstandsmitglied abschließt. Weiters sind Interessenkollisionen denkbar, wenn die Privatstiftung mit einem anderen Rechtsträger kontrahiert, welcher von einem Vorstandsmitglied vertreten (Doppelvertretung) oder von diesem beherrscht wird. Interessenkollisionen können weiters auch dann auftreten, wenn ein Vorstandsmitglied mit einer Gesellschaft kontrahiert, an welcher die Privatstiftung beteiligt ist.

Im Gesellschaftsrecht stehen zur Auflösung dieser Interessenkollisionen bei der GmbH die Generalversammlung und – soweit vorhanden – der Aufsichtsrat und bei der AG der Aufsichtsrat zur Verfügung. Bei der Privatstiftung fehlt es in der Regel an einem Aufsichtsrat, welcher diese Interessenkollisionen auflösen könnte. Ein Eigentümer oder Gesellschafter, welcher die Interessenkollisionen auflösen könnte, ist bei einer Privatstiftung nicht denkbar. Das gesetzliche Konzept ist daher, dass das Gericht gem § 17 Abs 5 PSG dazu berufen ist, über die Genehmigung von In-sich-Geschäften zu entscheiden. Im vorliegenden Beitrag soll insb die Reichweite dieser Bestimmung geprüft werden.

2. Das gesetzliche Konzept

2.1. Das Phänomen der In-sich-Geschäfte

Ein In-sich-Geschäft liegt dann vor, wenn der Vertreter mit sich selbst (Selbstkontrahieren) oder für zwei (oder mehrere) Vertretene, für die er vertretungsberechtigt ist, (Doppel- oder Mehrfachvertretung) ein Geschäft abschließt.¹⁾ Nach allgemeiner Auffassung sind In-sich-Geschäfte unzulässig und unwirksam, weil eine Person regelmäßig nicht in der Lage ist, beim Vertragsabschluss den gegenläufigen Interessen mehrerer Parteien gleichermaßen gerecht zu werden.²⁾

In-sich-Geschäfte sind zulässig, wenn (a) das Geschäft dem Vertretenen nur Vorteile bringt, (b) keine Gefahr der Schädigung des Vertretenen besteht, etwa weil die Ware oder Leistung einen Markt- oder Börsenpreis hat, oder (c) der Vertretene einwilligt.³⁾

Das österreichische Recht kennt – anders als das deutsche BGB (§ 181) – keine allgemeine Regelung für In-sich-Geschäfte. Es regelt die Interessenkollision bei der Vertretung Minderjähriger (§§ 271 ff ABGB) sowie im Bereich des Gesellschaftsrechtes an verschiedenen Stellen (zB § 18 Abs 5 und 6, § 25 Abs 4, § 39 Abs 4 GmbHG, §§ 97 und 125 AktG).⁴⁾ Zweck all dieser Bestimmungen ist der Schutz des Vertretenen vor Gefahren, die sich aus der bei Vorliegen eines In-sich-Geschäftes vorhandenen Interessenkollision ergeben.⁵⁾ § 271 ABGB wird, soweit nicht gesetzliche Sonderregelungen bestehen, auf sonstige Vertretungsfälle analog angewendet.⁶⁾

2.2. Das Konzept des § 17 Abs 5 PSG

Der Gesetzgeber hatte klar den Fall der Kollision der Interessen der Privatstiftung mit jenen der Vorstandsmitglieder vor Augen. Die Genehmigung des Rechtsgeschäftes durch die übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes war dem Gesetzgeber offenbar nicht ausreichend. Der Grund dafür sind die möglichen wechselseitigen Abhängigkeiten, welche zwischen Vorstandsmitgliedern bestehen können. Den jeweils genehmigenden Vorstandsmitgliedern wird vom Gesetzgeber unterstellt, dass sie bei der Genehmigung von In-sich-Geschäften anderer Vorstandsmitglieder nicht frei von Eigeninteressen sind.⁷⁾ Mit anderen Worten traut der Gesetzgeber dem von ihm selbst geschaffenen System der wechselseitigen Kontrolle durch die Mitglieder des Stiftungsvorstandes nicht. Diese Entscheidung ist zu respektieren und – über den Fall des Selbstkontrahierens

hinaus – auf andere Fälle der Interessenkollision zu übertragen. Der Stiftungsvorstand als genehmigendes Organ scheidet somit in den Fällen der Interessenkollision grundsätzlich aus.

Voraussetzung für eine Anwendung des § 17 Abs 5 PSG ist eine Interessenkollision in materiellem Sinn (also die bloße Möglichkeit, dass sich die Interessen der Privatstiftung und jene des Vorstandsmitgliedes gegenläufig gegenüberstehen). Eine Interessenkollision in formellem Sinn (in dem Sinn, dass das betroffene Vorstandsmitglied das Rechtsgeschäft sowohl für die Privatstiftung als auch für sich selbst unterfertigt) ist hingegen nicht erforderlich.⁸⁾ Das Genehmigungserfordernis nach § 17 Abs 5 PSG besteht somit für ein Rechtsgeschäft mit dem Vorstandsmitglied A auch dann, wenn die Privatstiftung dabei durch die weiteren Vorstandsmitglieder B und C (in an sich vertretungsbefugter Zahl) vertreten wird.

Fehlt es an der Möglichkeit eines Interessenkonfliktes, weil etwa das Rechtsgeschäft der Privatstiftung ausschließlich Vorteile bringt,⁹⁾ ist auch für eine Anwendung des § 17 Abs 5 PSG kein Raum. Schenkt etwa ein Stifter, welcher gleichzeitig Vorstandsmitglied der Privatstiftung ist, der Privatstiftung einen Bargeldbetrag, verpflichtet er sich, die darauf entfallende Stiftungseinkommensteuer zu bezahlen, und liegen auch keine Bedenken bezüglich der Herkunft des Geldbetrages vor, die für die Privatstiftung zu Problemen führen könnten, so liegt keine Interessenkollision in materiellem Sinn vor; die Schenkung bedarf keiner gerichtlichen Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG. Sonstige Schenkungsverträge, insb die Schenkung von Liegenschaften, bedürfen hingegen immer der Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG, weil mit derartigen Schenkungen für die Privatstiftung auch Belastungen verbunden sein können.

Der bloße Umstand, dass die Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat, hat hingegen nicht zur Folge, dass das Rechtsgeschäft keiner gerichtlichen Genehmigung bedarf. Der Börsen- oder Marktpreis betrifft nämlich nur die Entgeltebene, sagt jedoch nichts darüber aus, ob das Rechtsgeschäft für die Privatstiftung tatsächlich sinnvoll ist.¹⁰⁾ Falls ein Vorstandsmitglied ein börsenmäßig gehandeltes Wertpapier an die Privatstiftung verkaufen möchte, ist daher eine Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG einzuholen.

§ 17 Abs 5 PSG ist eine abschließende Regelung, welche der Neutralisierung von Interessenkollisionen im Privatstiftungsrecht dient. Für eine Bestellung eines Kollisionskurators ist daneben kein Platz.¹¹⁾

2.3. Gestaltungsmöglichkeiten in der Stiftungserklärung

Nach dem klaren Wortlaut des § 17 Abs 5 PSG ist, neben dem Gericht, nur der Aufsichtsrat zur Auflösung der bei In-sich-Geschäften vorliegenden Interessenkollision berufen.¹²⁾ Diese Kompetenz kann weder einem Beirat noch einem sonstigen freiwilligen Organ iSd § 14 Abs 2 PSG übertragen werden.

1) Siehe nur OGH 15. 12. 1999, 6 Ob 73/99z und *Lauß*, Rahmenbedingungen für Stiftungsvorstandsmitglieder: Unvereinbarkeit bei Vertretung eines Begünstigten, Genehmigungsbedürftigkeit bei Doppelvertretung, Parteistellung im Verfahren, in *Eiselsberg* (Hrsg), Stiftungsrecht, Jahrbuch 2010, 139, 148.
 2) Siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 215; *Strasser in Rummel* (Hrsg), ABGB I³ (2000) § 1009 Rz 21; aus der Judikatur zB OGH 12. 2. 2000, 4 Ob 71/00w.
 3) Siehe nochmals OGH 15. 12. 1999, 6 Ob 73/99z; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 216 sowie *Kalss*, Interessenkonflikte in der Privatstiftung – In-sichgeschäfte eines Vorstandsmitgliedes mit der Privatstiftung gem § 17 Abs 5 PSG, *Kathrein Stiftungsletter* 13 (2009) 4, 5.
 4) Siehe im Einzelnen *Ulrich Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen In-sichgeschäften“, *ecolex* 2009, 920 ff.
 5) Siehe nur *Schramm* in MünchKomm zum BGB⁴ (2001) § 181 Rz 2 und OGH 10. 8. 2010, 1 Ob 214/09s, wonach § 17 Abs 5 PSG „die Gefahr der Schmälerung des Stiftungsvermögens durch kollusiv handelnde Vorstandsmitglieder verhindern soll“.
 6) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 216; *Stabentheiner in Rummel* (Hrsg), ABGB I³ (2000) §§ 271, 272 Rz 10.
 7) Siehe die EB zur RV, 1132 BlnNR 18. GP zu § 27 Abs 5 PSG: „Aber auch die übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes sind möglicherweise nicht unbefangen, weil das betreffende Mitglied des Stiftungsvorstandes seinerseits über ihren Anstellungsvertrag entscheidet.“

8) Siehe nur *Kunz/Limberger in Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) 847. Zur Unterscheidung zwischen Kollision in formellem und materiellem Sinn siehe *Tschugguel in Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (2010) §§ 271, 272 Rz 2.
 9) Siehe *Kalss*, Interessenkonflikte in der Privatstiftung – In-sichgeschäfte eines Vorstandsmitgliedes mit der Privatstiftung gem § 17 Abs 5 PSG, *Kathrein Stiftungsletter* 13 (2009) 4, 5.
 10) Siehe *Harrer*, Die Personengesellschaft (2009) 248 FN 77.
 11) In diesem Sinne wohl auch *Nowotny*, In-sichgeschäfte bei der Privatstiftung, *ecolex* 2007, Script 5, 7.
 12) Damit im Zusammenhang steht die Befugnis des Aufsichtsrates nach § 25 Abs 3 PSG, die Privatstiftung bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu vertreten.

Dennoch stellt sich die Frage, ob der Stifter nicht bereits in der Stiftungserklärung Regelungen vorsehen kann, die eine Interessenkollision erst gar nicht entstehen lassen oder zumindest nachträglich neutralisieren.

Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 10. 8. 2010¹³⁾ zur Frage, ob die Vergütung an einen Notar für seine außerhalb der Vorstandstätigkeit erbrachte Tätigkeit durch eine nachträgliche Genehmigung in der Stiftungserklärung saniert werden kann, Folgendes ausgeführt:

„Zum Spannungsverhältnis des Änderungsrechtes [Anm: nach § 33 Abs 1 PSG] zu § 17 Abs 5 PSG ist zu sagen, dass § 17 Abs 5 PSG die Gefahr der Schmälerung des Stiftungsvermögens durch kollusiv handelnde Vorstandsmitglieder verhindern soll. Hat der Stifter aber die Vergütung ausdrücklich gestattet, so sind keine gegenläufigen Interessen Dritter erkennbar, die höher zu bewerten wären.

Die Aufnahme entsprechender Regelungen in die Stiftungserklärung objektiviert die Entgeltbemessung und schließt spätere Interessenkollisionen aus.“ Umso mehr muss dies nach Auffassung des OGH gelten, „wenn der Stifter, im Nachhinein, eine bereits erbrachte und daher in ihrem Umfang bekannte Tätigkeit mit einer betraglich bestimmten Summe honoriert.“

Andererseits hat der OGH in seiner Entscheidung vom 24. 11. 2011¹⁴⁾ der Auffassung, dass der Stifter oder ein Begünstigter zur Genehmigung von Rechtsgeschäften berufen sei, eine klare Absage erteilt:

„Die Ansicht des Revisionswerbers, es hätte keiner gerichtlichen Genehmigung des Abtretungsvertrags bedurft, weil der durch die Stiftungserklärung begünstigte Stifter N***** H***** das Geschäft gewünscht und genehmigt habe, ist unrichtig. Sie steht in offenkundigem Widerspruch zum klaren und eindeutigen Wortlaut der Bestimmung, die – sofern kein Aufsichtsrat eingerichtet ist – nur das Gericht, aber weder den Stifter, einen Begünstigten noch sonst jemanden zur Genehmigung beruft.“

Soll kein Widerspruch zwischen den beiden OGH-Entscheidungen entstehen, ist die Abgrenzung wie folgt vorzunehmen: Trotz Vorliegen eines In-sich-Geschäftes ist ausnahmsweise keine Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG erforderlich, wenn dem konkreten Rechtsgeschäft zwischen der Privatstiftung und dem Vorstandsmitglied bereits in der Stiftungserklärung entweder vorweg oder nachträglich die Zustimmung erteilt wurde.¹⁵⁾ Im Falle der Vorwegermächtigung sind in der Stiftungserklärung bereits objektivierbar die Grundlagen anzugeben, nach welchen die Leistungen (oder Lieferungen) des Stiftungsvorstandes zu vergüten sind, sodass im Nachhinein eine Kontrolle möglich ist, ob die Vergütung im Einklang mit der Stiftungserklärung erfolgte. Eine bloße Zustimmung des Stifters außerhalb der Stiftungserklärung, auch wenn in der Stiftungserklärung eine entsprechende Ermächtigung vorgesehen ist, reicht hingegen nicht aus. Ebenso wenig genügt eine *abstrakte* Ermächtigung zur Vornahme von In-sich-Geschäften oder eine generelle Befreiung von den Erfordernissen des § 17 Abs 5 PSG. Dies deckt sich mE mit der Judikatur zur Vergütung der Vorstandstätigkeit, welche nur dann keiner gerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn bereits in der Stiftungserklärung objektive Regelungen über die Vergütung (zB Verweis auf Honorarrichtlinien, Stundensätze

13) OGH 1 Ob 214/09s ZFS 2011, 53 ff (mit Anm Kalss).

14) OGH 6 Ob 58/11i ZFS 2012, 28 ff (mit Anm Lauß).

15) Siehe jedoch Lauß, ZFS 2012, 33, wonach aus der OGH-Entscheidung vom 24. 11. 2011, 6 Ob 58/11i zu folgern sei, dass auch bei satzungsmäßigen Vorgaben durch den Stifter ein In-sich-Geschäft der Zustimmung sämtlicher Vorstandsmitglieder und des Gerichts bedarf.

etc) enthalten sind. Fehlen derartige Regelungen, bedürfen Vorstandsvergütungen der gerichtlichen Genehmigung nach § 19 Abs 2 PSG.¹⁶⁾

Die im Wesentlichen einzige Gestaltungsmöglichkeit in der Stiftungserklärung besteht daher darin, dass in der Stiftungserklärung das bereits konkret bezeichnete Geschäft oder im Falle von Leistungsbeziehungen die Vergütungsregelungen in objektivierbarer Weise angegeben werden. Darüber hinaus kann in der Stiftungserklärung vorgesehen werden, dass In-sich-Geschäfte der Zustimmung des Stiftungsbeirates bedürfen. Dies ändert nach derzeitiger Rechtslage freilich nichts am gerichtlichen Genehmigungserfordernis.

3. Anwendungsfälle des § 17 Abs 5 PSG

3.1. Fälle der Doppelvertretung

Über seinen Wortlaut hinaus erfasst § 17 Abs 5 PSG nicht nur Fälle des Selbstkontrahierens, sondern auch Fälle der Doppelvertretung in dem Sinn, dass die Privatstiftung ein Rechtsgeschäft nicht mit einem Vorstandsmitglied *ad personam*, sondern mit einem anderen Rechtsträger abschließt, welcher durch das Vorstandsmitglied vertreten wird.¹⁷⁾ Dass auch in diesen Fällen Interessen kollidieren können, ist evident. Die Interessen des Vorstandsmitgliedes am wirtschaftlichen Wohlergehen jener Privatstiftung, deren Vorstandsmitglied es ist, und die Interessen des anderen von ihm vertretenen Rechtsträgers stehen einander grundsätzlich gegensätzlich gegenüber, weshalb eine analoge Anwendung der für Fälle des Selbstkontrahierens bestehenden Regelung des § 17 Abs 5 PSG geboten ist. Es liegt eine sog *unechte Lücke* vor. Der Zweck der Regelung, nämlich die Verhinderung von Gefahren, welche sich aus Interessenkollisionen ergeben, erfordert eine Gleichbehandlung von Fällen der Doppelvertretung mit den Fällen des Selbstkontrahierens. Eine Planwidrigkeit der Lücke liegt ebenfalls vor. Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber § 17 Abs 5 PSG bewusst nicht auf andere Fälle der Interessenkollision anwenden wollte, liegen nicht vor.¹⁸⁾

Die bisher gegen die analoge Anwendung des § 17 Abs 5 PSG auf Fälle der Doppelvertretung vorgebrachten Argumente¹⁹⁾ überzeugen nicht. Der bloße Umstand, dass das PSG im Rahmen von Unvereinbarkeitsbestimmungen (§ 15 Abs 3 PSG und § 20 Abs 3 PSG) eine rechtliche Gleichbehandlung von juristischen Personen, welche von einer natürlichen Person kontrolliert werden, mit der natürlichen Person vornimmt,²⁰⁾ zeigt zwar, dass dem Gesetzgeber dieses Phänomen bekannt war, dies spricht jedoch primär nur dafür, dass die Unvereinbarkeitsbestimmungen entsprechend weit auszulegen sind.

16) OGH 15. 12. 1999, 6 Ob 73/99z und 10. 8. 2010, 1 Ob 214/09s (für die in diesem Fall ausbezahlte reguläre Vorstandvergütung; die Genehmigung betraf nur eine besondere Vergütung für die über die Vorstandstätigkeit hinausgehende Tätigkeit eines Notars im Zusammenhang mit einem Beteiligungsverkauf).

17) Auf eine Doppelvertretung im engeren Sinn bzw Kollision im formellen Sinn kommt es jedoch im Rahmen des § 17 Abs 5 PSG nicht an, weil § 17 Abs 5 PSG unstrittig auch dann anzuwenden ist, wenn die Privatstiftung bei einem Rechtsgeschäft mit einem Vorstandsmitglied nicht durch dieses, sondern durch ein anderes Vorstandsmitglied vertreten wird (siehe nur Arnold, PSG² [2007] § 17 Rz 92a).

18) Zur Methode siehe Bydliński in Rummel (Hrsg), ABGB¹³ (2000) § 7 Rz 2.

19) Siehe insb Csoklich, Rechtsgeschäfte mit und Vergütung von Vorstandsmitgliedern, ZFS 2006, 97, 100; Kalss, Interessenkonflikte in der Privatstiftung – In-sichgeschäfte eines Vorstandsmitgliedes mit der Privatstiftung gem § 17 Abs 5 PSG, Kathrein Stiftungsletter 13 (2009) 4, 7 und diesen folgend OLG Linz 14. 2. 2011, 6 R 10/11z.

20) Siehe Csoklich, Rechtsgeschäfte mit und Vergütung von Vorstandsmitgliedern, ZFS 2006, 97, 100.

Ein Umkehrschluss dahin gehend, dass an anderen Stellen des Gesetzes, an denen eine solche Gleichstellung nicht erfolgt, eine solche nicht erfolgen darf, ist hingegen nicht gestattet. Ein solcher Umkehrschluss wäre nur dann zulässig, wenn der von den anderen Bestimmungen (hier: § 15 Abs 3 PSG und § 20 Abs 3 PSG) angestrebte Zweck nur auf diesen Fall (hier: Unvereinbarkeit) zutreffen würde.²¹⁾ Dies ist jedoch gerade nicht der Fall. Weiters sind auch die anderen Kontrollinstrumente des PSG nicht geeignet, den Interessenkonflikt in rechtlich sauberer Weise aufzulösen.²²⁾ Die jeweils anderen Vorstandsmitglieder scheiden aus, weil ihnen vom Gesetzgeber Befangenheit unterstellt wird. Der Stiftungsprüfer prüft nur im Nachhinein, ist jedoch in die Geschäftsführung nicht eingebunden. Das Gericht hat zwar im PSG eine verstärkte Kontrollpflicht, die Waffe der Abberufung nach § 27 Abs 2 PSG ist jedoch nur ein Kontrollmittel, welches der Ex-post-Kontrolle einer bereits getätigten Maßnahme dient. Dieses Instrument ist nicht geeignet, bereits ex ante jenen Gefahren vorzubeugen, die im Falle einer Interessenkollision bestehen. Weiters ist es, wie noch weiter unten (siehe Pkt 3.3.) aufzuzeigen ist, nicht zulässig, sämtliche Wertungen, die in eine Beurteilung nach § 27 Abs 2 PSG einfließen, auf § 17 Abs 5 PSG zu übertragen. Dagegen spricht bereits das Gebot der Rechtssicherheit. Nicht jede Art der Interessenkollision hat bereits das Genehmigungserfordernis nach § 17 Abs 5 PSG zur Folge, vielmehr muss diese eine bestimmte Intensität erreichen.

Entsprechend der hier vertretenen Auffassung wendet die Rsp auch sonst (außerhalb des Privatstiftungsrechtes) die von Lehre und Rsp zur Gültigkeit von In-sich-Geschäften entwickelten Grundsätze auf gleichartige Kollisionsfälle analog an.²³⁾ Gründe dafür, dass dies bei der Privatstiftung anders sein soll, liegen nicht vor.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten: Die jeweils anderen Vorstandsmitglieder sind nach den Wertungen des § 17 Abs 5 PSG nicht geeignet, den im Fall der Doppelvertretung bestehenden Interessenkonflikt aufzulösen. Für die Auflösung dieses Interessenkonfliktes steht nach der Konzeption des PSG – abgesehen von einem allenfalls vorhandenen Aufsichtsrat – nur das Institut der gerichtlichen Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG zur Verfügung. § 17 Abs 5 PSG ist daher auf Fälle der Doppelvertretung analog anzuwenden.²⁴⁾

21) Siehe nochmals *Bydlinski in Rummel* (Hrsg), ABGB I³ (2000) § 7 Rz 2.

22) *AA Kalss*, Interessenkonflikte in der Privatstiftung – In-sich-Geschäfte eines Vorstandsmitglieds mit der Privatstiftung gem § 17 Abs 5 PSG, *Kathrein Stiftungsletter* 13 (2009) 4, 7.

23) Siehe zB *RS0113487* und *OGH 12. 4. 2000, 4 Ob 71/00w*. Siehe weiters *Ulrich Torggler*, Interessenkonflikte, insb bei „materiellen In-sich-Geschäften“, *ecolex* 2009, 920, 922, wonach die Rsp § 25 Abs 4 GmbHG analog anwendet, wenn zwar formell kein In-sich-Geschäft vorliegt, wohl aber ein entsprechender Interessenkonflikt, sowie *Apathy in Schwimann* (Hrsg), ABGB IV³ (2006) § 1009 Rz 15 mwN: Da die Problematik der Interessenkollision bei Selbstvertretung und Doppelvertretung gleichartig ist, ist auch in den Fällen der Doppelvertretung davon auszugehen, dass bei Gefahr einer Interessenkollision keine Vertretungsmacht besteht.

24) Im Ergebnis *glA Lenz*, *Zum § 17 Abs 5 PSG – Doppelvertretung von Vorstandsmitgliedern*, *ZFS* 2011, 51, 52; *Schmidt in Doralt/Kalss* (Hrsg), *Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechtes* (2001) 187. – Der OGH hat in der Entscheidung vom 15. 12. 1999, 6 Ob 73/99z (in einem Verfahren betreffend Abberufung eines Mitgliedes des Stiftungsvorstandes nach § 27 Abs 2 PSG) die Frage, ob Geschäfte, welche die Privatstiftung mit einer von einem Vorstandsmitglied vertretenen juristischen oder natürlichen Person abschließt, unter § 17 Abs 5 PSG fallen, offen gelassen. In dem der OGH-Entscheidung vom 16. 2. 2006, 6 Ob 178/05b zugrunde liegenden Sachverhalt hatte das Erstgericht den Abschluss eines Beratungsvertrages zwischen der Privatstiftung und einer OEG, deren persönlich haftender einzelvertretungsbefugter Gesellschafter ein Vorstandsmitglied der Privatstiftung war, als genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft angesehen. Diese Frage war jedoch vom OGH nicht zu entscheiden.

Kein Fall der Doppelvertretung im hier behandelten Sinn liegt hingegen vor, wenn ein Vorstandsmitglied nur Vertreter jenes Rechtsträgers ist, mit dem die Privatstiftung kontrahiert (kurz „Vertragspartner“), dieser Vertragspartner jedoch bei Abschluss des konkreten Rechtsgeschäftes durch eine andere Person einzeln oder andere Personen gemeinschaftlich vertreten wird. In diesem Fall rechtfertigt der bloße Umstand, dass das Vorstandsmitglied auch Vertreter des Vertragspartners ist, keine analoge Anwendung des § 17 Abs 5 PSG.²⁵⁾ Bei dieser Sachlage werden die Interessen des Vertragspartners durch andere (unbefangene) Personen vertreten. Anderes gilt hingegen, wenn das befangene Vorstandsmitglied den Rechtsträger vollständig beherrscht (siehe hierzu unten Pkt 3.3.).

3.2. Treuhandgeschäfte

Zu prüfen ist, ob § 17 Abs 5 PSG auch dann anwendbar ist, wenn das Vorstandsmitglied, mit dem die Privatstiftung kontrahiert, nur Treuhänder oder nur Treugeber ist.

Eine teleologische Reduktion des § 17 Abs 5 PSG auf wirtschaftlich eigene Geschäfte kommt, wie der OGH²⁶⁾ zutreffend entschieden hat, nicht in Betracht. Der OGH führte wörtlich aus:

„Auch dann, wenn ein Mitglied des Stiftungsvorstands ‚nur‘ als Treuhänder tätig wird, besteht aber die Gefahr, dass aufgrund seiner Stellung als Vorstandsmitglied ein dem Wohl der Privatstiftung abträgliches Geschäft abgeschlossen wird und sich damit genau jenes Risiko verwirklicht, vor dem § 17 Abs 5 PSG die Privatstiftung gerade schützen will. Auch wird das Vorliegen einer Treuhandtschaft vielfach nach außen nicht mit der erforderlichen Sicherheit erkennbar sein.“

Die eigentliche Begründung dafür, dass § 17 Abs 5 PSG auch auf diese Fälle anzuwenden ist, liegt mE darin, dass der Treuhänder bei der Verfügung über das Treugut die Interessen des Treugebers wahrzunehmen hat und damit – vergleichbar dem Fall der Doppelvertretung – eine Interessenkollision vorliegt, welcher § 17 Abs 5 PSG vorbeugen will. Dem Treuhänder ist es eben nicht möglich, bei ein und demselben Geschäft sowohl die Interessen der Privatstiftung als auch jene des Treugebers wahrzunehmen.

Umso mehr ist § 17 Abs 5 PSG dann anzuwenden, wenn das Vorstandsmitglied aufseiten des Vertragspartners nicht Treuhänder, sondern Treugeber ist; zB: Das Vorstandsmitglied A ist wirtschaftlicher Eigentümer eines GmbH-Geschäftsanteiles, welcher von B als Treuhänder gehalten wird. B verkauft den GmbH-Geschäftsanteil an die Privatstiftung. In diesem Fall kollidieren die Interessen der Privatstiftung unmittelbar mit jenen des Vorstandsmitgliedes A. Die Interessenkollision wird nur durch die Treuhandtschaft mit B verdeckt. § 17 Abs 5 PSG ist nicht unmittelbar anwendbar, weil im zivilrechtlichen Sinn kein Rechtsgeschäft mit dem Vorstandsmitglied A vorliegt. Dennoch ist § 17 Abs 5 PSG analog anwendbar, weil gerade jene Interessenkollision vorliegt, welcher § 17 Abs 5 PSG vorbeugen möchte.²⁷⁾ Diesen Gedanken weiterführend, kann der von § 17

25) Dementsprechend gilt auch im Rahmen des Stimmverbotes nach § 39 Abs 5 GmbHG der Grundsatz, dass die Betroffenheit eines Verwaltungsmitgliedes nicht dazu führt, dass die von diesem Verwaltungsmitglied vertretene Gesellschaft einem Stimmverbot unterliegt. Lediglich das betroffene Mitglied ist von der Abstimmung ausgenommen. Die Gesellschaft kann sich jedoch durch ein nicht befangenes Verwaltungsmitglied vertreten lassen (vgl *Enzinger in Straube* [Hrsg], *GmbHG*, 2. Lfg [2008] § 39 Rz 81).

26) *OGH 17. 12. 2009, 6 Ob 233/09x*.

27) *GlA Laub*, *Rahmenbedingungen für Stiftungsvorstandsmitglieder: Unvereinbarkeit bei Vertretung eines Begünstigten, Genehmigungsbedürftigkeit bei*

Abs 5 PSG erfasste Kollisionsfall auch nicht dadurch vermieden werden, dass ein Rechtsgeschäft aufseiten des Vertragspartners nicht vom Vorstandsmitglied, sondern von einem Bevollmächtigten des Vorstandsmitgliedes abgeschlossen wird.²⁸⁾

Weiters besteht eine Genehmigungspflicht nach § 17 Abs 5 PSG, wenn das Rechtsgeschäft nicht mit einem Vorstandsmitglied, sondern mit einem Dritten abgeschlossen wird, die Vorteile aus diesem Rechtsgeschäft, und sei es nur mittelbar, jedoch dem Vorstandsmitglied zukommen.²⁹⁾ Typischer Fall ist der Abschluss einer D&O-Versicherung durch die Privatstiftung als Versicherungsnehmer. Nach überwiegender Auffassung hat der Abschluss einer derartigen Versicherung Entgeltcharakter,³⁰⁾ weshalb die Gleichbehandlung mit sonstigen Fällen des In-sich-Geschäftes bereits aus diesem Grund geboten ist. Falls bereits in der Stiftungserklärung die Zustimmung zum Abschluss einer D&O-Versicherung enthalten ist, bedarf diese freilich keiner Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG (siehe oben Pkt 2.3.).

3.3. Beherrschende Beteiligung des Vorstandsmitgliedes am Vertragspartner

Unter dem Blickwinkel der Interessenkollision macht es auch keinen Unterschied, ob das Rechtsgeschäft mit einem Vorstandsmitglied oder einem von ihm beherrschten Rechtsträger abgeschlossen wird. Die Interessen des Vertragspartners der Privatstiftung sind unter dem Blickwinkel einer Interessenkollision mit jener Person gleichzusetzen, welche diesen Vertragspartner beherrscht.³¹⁾ Hier besteht eine unmittelbare Parallele zum Stimmverbot iSd § 39 Abs 4 GmbHG und des § 125 AktG. Auch diese Bestimmungen dienen der Neutralisierung von Interessenkollisionen.³²⁾ Nach zwischenzeitig wohl gefestigter Judikatur³³⁾ sind die vorgenannten Stimmverbote auch dann anzuwenden, wenn eine juristische Person Gesellschafter einer Gesellschaft ist und einer oder mehrere ihrer Gesellschafter oder Vertreter befangen sind. Es kommt hierbei

„maßgeblich auf die Frage an, ob die juristische Person durch den Gesellschafter oder Vertreter vollständig beherrscht wird; Voraussetzung ist, dass die Ausübung des Stimmrechts seiner alleinigen Willensentscheidung unterliegt (6 Ob 28/08y; 6 Ob 98/08t). In einem solchen Fall muss nämlich damit gerechnet werden, dass die Stimmabgabe der juristischen Person von

der Befangenheit eines ihrer Mitglieder (Organmitglieder) geprägt ist.“³⁴⁾

In der Entscheidung vom 8. 5. 2005³⁵⁾ wurde das Stimmverbot überdies damit begründet, dass im Falle einer Beherrschung einer juristischen Person *„wirtschaftlich von einer Identität zwischen juristischer Person und Vertreter gesprochen werden kann“*.

In jenen Fällen, in denen die Privatstiftung mit einer juristischen Person kontrahiert, die von einem Vorstandsmitglied beherrscht wird, besteht daher ein Genehmigungserfordernis analog § 17 Abs 5 PSG. Eine Beherrschung im vorgenannten Sinn liegt immer dann vor, wenn dem Vorstandsmitglied die Mehrheit der Stimmrechte an dem Vertragspartner zusteht. Aus den Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ist bei der Bestimmung des beherrschenden Einflusses auf die Höhe der Beteiligung (Allein- oder Mehrheitsgesellschafter) oder eine entsprechende Stimmrechtsmacht, allenfalls auf zusätzliche einflussvermittelnde Organpositionen, nicht aber auf sonstige, bloß faktische Einflussnahme ermöglichende Beherrschungsmittel abzustellen.³⁶⁾

Ist hingegen das Vorstandsmitglied nur mit maximal 50 % am Vertragspartner beteiligt, ohne dass ihm die Mehrheit an den Stimmrechten zusteht, ist es mE hingegen nicht gerechtfertigt, § 17 Abs 5 PSG analog anzuwenden. Eine andere Auffassung würde eine uferlose Ausweitung des § 17 Abs 5 PSG bedeuten und den Umstand negieren, dass § 17 Abs 5 PSG – vergleichbar den Stimmverboten im Kapitalgesellschaftsrecht – nicht alle Fälle, sondern nur bestimmte Fälle möglicher Interessenkollisionen erfasst.³⁷⁾

Gegen diese Auffassung könnte eine Entscheidungspassage in der sog. „Berater-Entscheidung“ vom 16. 10. 2009³⁸⁾ sprechen, in welcher der OGH entschied, dass die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 15 Abs 2 PSG auch auf Personen zu erstrecken sind, die in einem aufrechten Vollmachtverhältnis zu einem Begünstigten stehen.³⁹⁾ Der Gerichtshof führte in dieser Entscheidung Folgendes aus:

*„Dabei ist nicht unbedingt erforderlich, dass Dr. L. **** persönlich Bevollmächtigter von Begünstigten war. Vielmehr wäre es auch ein wichtiger Grund, wenn die Rechtsanwaltpartnerschaft,⁴⁰⁾ der er als Partner angehört, in einem derartigen Vertretungsverhältnis stand oder steht. Das Ausmaß der Beteiligung spielt hierbei – entgegen der in der Revisionsrekursbeantwortung vertretenen Rechtsansicht – keine Rolle.“*

Die entsprechende Entscheidungspassage ist mE zunächst insoweit nicht eindeutig, als ihr nicht klar zu entnehmen ist, ob sie sich nur auf die Abberufung aus wichtigem Grund nach § 27 Abs 2 PSG oder auch auf die Unvereinbarkeit iSd § 15 Abs 2 PSG bezieht. Der entscheidende Unterschied zu § 17 Abs 5 PSG

Doppelvertretung, Parteistellung im Verfahren, in *Eiselsberg* (Hrsg), Stiftungsrecht, Jahrbuch 2010, 139, 148.

28) Siehe zum vergleichbaren Fall des Stimmverbotes nach § 39 Abs 4 GmbHG *Enzinger in Straube* (Hrsg), GmbHG, 2. Lfg (2008) § 39 Rz 81.

29) Siehe auch *Hochedlinger*, D&O-Versicherung für den Stiftungsvorstand, *ecolex* 2008, 143, 145.

30) Siehe *Ramharter in Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Kap 36 Rz 15. Siehe auch OGH 30. 6. 1999, 9 ObA 68/99m: In dieser Entscheidung wurde die Qualifikation der Versicherungsprämie als Aufwendersatz iSd § 1014 ABGB ausdrücklich abgelehnt. Vielmehr wurde im eigenmächtigen Abschluss einer D&O-Versicherung eine Vertrauensunwürdigkeit iSd § 27 Z 1 dritter Tatbestand AngG erblickt.

31) Siehe auch *Arnold*, PSG² (2007) § 17 Rz 92a, wonach § 17 Abs 5 PSG interpretativ auf all jene Fälle zu erweitern ist, in denen der Geschäftsabschluss zumindest wirtschaftlich einem solchen mit einem Mitglied des Stiftungsvorstands gleichkommt. Als mögliche Kriterien bieten sich nach Arnold die Judikatur zu den Eigengeschäften nach § 6 Abs 4 MaklerG, die Regelungen nach § 5 KEKG und die Regelungen nach § 48a Abs 1 Z 9 lit d BörseG an. Im Kern zust *Nowotny*, In-sich-Geschäfte bei der Privatstiftung, *exolex Script* 2007, 5 ff, welcher zutreffend darauf hinweist, dass diese Frage das Problem des Zurechnungsdurchgriffs betrifft, dh unter welchen Voraussetzungen eine juristische Person oder Personengesellschaft mit ihrem Gesellschafter gleichzusetzen ist.

32) Siehe *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 39 Rz 31.

33) Siehe OGH 18. 9. 2009, 6 Ob 49/09p und 8. 5. 2005, 6 Ob 28/08y.

34) Dazu, dass allenfalls auch ein geringerer Grad an Beherrschung ausreichen könnte, siehe OGH 16. 6. 2011, 6 Ob 16/11p, *GesRZ* 2011, 360 (mit Anm *Schmidt-Pachinger*).

35) OGH 6 Ob 28/08y.

36) Siehe *Sabine Schmidt in Doralt/Kalss/Nowotny* (Hrsg), AktG (2003) § 114 Rz 71 und *dies*, Stimmverbote in der GmbH (2002) 118 f. Im Ergebnis glA *Arnold/Ginthör*, Der Stiftungsvorstand (2006) 8, welche in jenem Fall, in dem ein Vorstandsmitglied die Mehrheit der Kapitalanteile und der Stimmrechte am Vertragspartner hält, § 17 Abs 5 PSG als anwendbar erachten.

37) *Enzinger in Straube* (Hrsg), GmbHG, 2. Lfg (2008) § 39 Rz 70.

38) OGH 6 Ob 145/09f. Siehe dazu die Entscheidungsbesprechung von *Lauß/Lang*, *ZFS* 2009, 199.

39) Diese Entscheidung wurde jüngst dahin gehend präzisiert, dass nicht jedes Mandatsverhältnis, sondern nur ein Mandatsverhältnis zu einem Begünstigten (und anderen in § 15 Abs 2 und 3 PSG erfassten Personen) schädlich ist, das zu einer Kollision mit Interessen der Privatstiftung oder anderer Begünstigter führen kann (OGH 12. 1. 2012, 6 Ob 101/11p *ZFS* 2012, 34 ff [mit Anm *Lenz* und mit Anm *Leitner-Bommer/Oberndorfer*]).

40) Tatsächlich handelte es sich im vorliegenden Fall um eine Rechtsanwalts-GmbH.

liegt mE darin, dass jedenfalls bei einer Abberufung nach § 27 Abs 2 PSG immer eine Prognoseentscheidung⁴¹⁾ vorzunehmen ist. Entscheidendes Kriterium ist das Funktionieren der Privatstiftung, also die Frage, ob die Verfolgung des Stiftungszweckes in Zukunft mit ausreichender Sicherheit gewährleistet ist.⁴²⁾ MaW ist zu prüfen, ob – trotz Vorliegen einer Interessenkollision – die Verfolgung des Stiftungszweckes in Zukunft mit ausreichender Sicherheit gewährleistet ist. Diese Prüfung ist auch im Rahmen der Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG vorzunehmen (siehe unten Pkt 4.), darf jedoch nicht mit der Frage verwechselt werden, ob überhaupt ein genehmigungspflichtiges Geschäft iSd § 17 Abs 5 PSG vorliegt. Bei der Entscheidung, ob ein Geschäft unter § 17 Abs 5 PSG fällt, bedarf es jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit einer klaren Abgrenzung. Wie oben bereits aufgezeigt, fällt unter § 17 Abs 5 PSG nicht jede mögliche Interessenkollision, vielmehr muss diese eine gewisse Intensität aufweisen.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten: In jenen Fällen, in denen die Privatstiftung mit einer juristischen Person kontrahiert, die von einem Vorstandsmitglied beherrscht wird, besteht ein Genehmigungserfordernis analog § 17 Abs 5 PSG. Eine Beherrschung im vorgenannten Sinn liegt immer dann vor, wenn dem Vorstandsmitglied die Mehrheit des Kapitals oder der Stimmrechte am Vertragspartner zusteht. Eine bloße Minderheitsbeteiligung und das daraus allenfalls ableitbare wirtschaftliche Interesse des Vorstandsmitglieds an dem Rechtsgeschäft genügen hingegen nicht. Dass auch solche Geschäfte in Abberufungsverfahren und eventuellen Haftungsprozessen unter besonderer Beobachtung stehen, liegt auf der Hand.

3.4. Geschäfte von Beteiligungsunternehmen der Privatstiftung

Weiters ist zu prüfen, ob § 17 Abs 5 PSG auch dann anzuwenden ist, wenn nicht die Privatstiftung, sondern ein von ihr beherrschtes Beteiligungsunternehmen mit einem Vorstandsmitglied ein Rechtsgeschäft abschließt. Die darin liegende Interessenkollision ist primär über das Gesellschaftsrecht zu lösen. Die gesellschaftsrechtlichen Wertungen zur Auflösung einer derartigen Interessenkollision können jedoch wieder zu der privatstiftungsrechtlichen Frage der Anwendbarkeit des § 17 Abs 5 PSG führen. Besteht beim Beteiligungsunternehmen ein Aufsichtsrat, so kann die Kollision gem § 25 Abs 4 GmbHG bzw § 97 AktG über den Aufsichtsrat des Beteiligungsunternehmens aufgelöst werden. Besteht auf Ebene der Tochter-GmbH ein unbefangener Geschäftsführer, so kann die Interessenkollision über den unbefangenen Geschäftsführer aufgelöst werden.⁴³⁾ Besteht jedoch weder ein Aufsichtsrat noch ein unbefangener Geschäftsführer, so kann die Interessenkollision bei der GmbH nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen nur über

die Privatstiftung als Alleingesellschafter aufgelöst werden.⁴⁴⁾ Die jeweils anderen Vorstandsmitglieder sind jedoch, entgegen der Auffassung von *Nowotny*, nach den Wertungen des PSG nicht geeignet, diese Interessenkollision aufzulösen, weil diesen vom Gesetzgeber Befangenheit unterstellt wird. Die von *Nowotny* gegen die analoge Anwendung des § 17 Abs 5 PSG vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen oben zu Pkt 3.1. verwiesen. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass § 17 Abs 5 PSG auch dann analog anzuwenden ist, wenn nicht die Privatstiftung, sondern eine von ihr beherrschte Beteiligungsgesellschaft mit einem Vorstandsmitglied kontrahiert, wenn die Interessenkollision auf Ebene der Beteiligungsgesellschaft weder durch einen Aufsichtsrat noch (im Falle einer GmbH) durch einen unbefangenen Geschäftsführer aufgelöst werden kann.

Eine andere Frage ist, ob auch ein Rechtsgeschäft zwischen der Privatstiftung und einem Beteiligungsunternehmen, an denen die Privatstiftung unmittelbar oder mittelbar mehrheitlich beteiligt ist, der gerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn ein Vorstandsmitglied Geschäftsführer des Beteiligungsunternehmens ist und das Beteiligungsunternehmen bei diesem Rechtsgeschäft vertritt. Obgleich in diesem Fall eine Doppelvertretung im Sinne des Punktes 3.1. oben vorliegt, ist keine gerichtliche Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG erforderlich. In diesem Fall sind nämlich die Interessen der Privatstiftung mit jenen des Beteiligungsunternehmens gleichzusetzen. Das Rechtsgeschäft stellt auf Ebene der Privatstiftung nur eine Vermögensumschichtung dar. Auch wenn diese Aussage nur bei Vorliegen einer 100%igen Beteiligung der Privatstiftung exakt ist, ist an diesem Ergebnis so lange festzuhalten, als die Privatstiftung mehrheitlich an den Beteiligungsunternehmen beteiligt ist. Wie bereits oben zu Pkt 3.3. ausgeführt, erfasst § 17 Abs 5 PSG nicht alle Fälle der Interessenkollision, sondern nur solche, die eine bestimmte Intensität erreichen.

4. Kriterien für die Genehmigung

§ 17 Abs 5 PSG lässt sich nicht entnehmen, nach welchen Kriterien ein Rechtsgeschäft vom Gericht zu genehmigen oder zu versagen ist. Zur insoweit vergleichbaren Bestimmung des § 154 Abs 3 ABGB geht die stRsp davon aus, dass ein Rechtsgeschäft durch das Pflschaftsgericht nur dann genehmigt werden darf, wenn der Abschluss im Interesse des Pflegebefohlenen liegt und somit dessen Wohl entspricht. Dies gilt nach der Rsp auch für Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG. Eine Vereinbarung iSd § 17 Abs 5 PSG darf nach der Rsp nur dann genehmigt werden, wenn ihr Abschluss im Interesse der Privatstiftung liegt und somit deren Wohl entspricht.⁴⁵⁾

Im Vordergrund der Entscheidung über die Genehmigung eines Rechtsgeschäftes nach § 17 Abs 5 PSG steht die Frage, ob der Abschluss des Rechtsgeschäftes

„im Interesse der Privatstiftung liegt und somit deren Wohl entspricht. Es ist jedenfalls zu prüfen, ob durch das Rechtsgeschäft die Verfolgung des Stiftungszwecks und des Stifterwillens in Zukunft mit ausreichender Sicherheit gewährleistet oder das Funktionieren der Privatstiftung eingeschränkt sind, ob die Gefahr von Missbrauch oder Schädigung der Privatstiftung besteht und ob sonstige Interessen der Privatstiftung

41) Siehe ausdrücklich OGH 16. 10. 2009, 6 Ob 145/09f.

42) OGH 31. 8. 2006, 6 Ob 155/06x.

43) Siehe in diesem Zusammenhang auch OGH 12. 1. 2012, 6 Ob 101/11p (In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt erhielten die Vorstandsmitglieder der Privatstiftung, ein Rechtsanwalt, ein Steuerberater und ein Notar, laufend Aufträge von den Beteiligungsunternehmen der Privatstiftung: „Es hängt im Übrigen von den Umständen des Einzelfalles ab, ob ein Mandatsverhältnis eines Stiftungsvorstandsmitglieds zu einer der Privatstiftung gehörenden oder von ihr beherrschten Gesellschaft die Belange der Privatstiftung gefährdet oder ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar macht. ... Im Hinblick darauf, dass der Stifter gerade den Rechtsanwalt und den Steuerberater, die ihn und seine Gesellschaften seit langer Zeit vertreten, zu Mitgliedern des Stiftungsvorstands bestellte, bildet die Fortsetzung des Mandatsverhältnisses allein keinen Grund, der eine Abberufung rechtfertigen könnte“).

44) *Nowotny*, Insihgeschäfte bei der Privatstiftung, *ecolx* 2007, *Script* 5, 7.

45) OGH 31. 8. 2006, 6 Ob 155/06x.

beeinträchtigt werden. Dabei ist kein strenger Maßstab zu Grunde zu legen.⁴⁶⁾

Die Aussage, dass kein strenger Maßstab anzulegen ist, welche sich auch in der Judikatur zu § 15 Abs 2 PSG und zu § 27 Abs 2 PSG findet, ist mE auf den letzten Halbsatz zu beziehen.⁴⁷⁾ MaW ist bei der Beurteilung der Frage, ob durch ein Rechtsgeschäft das Funktionieren der Privatstiftung eingeschränkt ist, ob die Gefahr von Missbrauch oder Schädigung der Privatstiftung besteht und ob sonstige Interessen der Privatstiftung beeinträchtigt werden, kein strenger Maßstab anzulegen. Nach der Rsp wäre daher bereits bei Vorliegen eines Risikos, dass das Rechtsgeschäft den Interessen der Privatstiftung abträglich ist, die Genehmigung zu versagen. Die Judikatur ist also nicht dahin gehend zu verstehen, dass bei der Prüfung, ob ein Rechtsgeschäft im Interesse der Privatstiftung liegt, kein strenger Maßstab anzulegen ist,⁴⁸⁾ sondern umgekehrt dahin gehend, dass bereits bei begründetem Zweifel, dass ein Rechtsgeschäft nicht den Interessen der Privatstiftung entspricht, die Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG zu versagen ist. Für diese Auslegung spricht auch der Verweis in der OGH-Entscheidung vom 31. 8. 2006⁴⁹⁾ auf RIS-Justiz 0048176. Der dort wiedergegebene Rechtssatz lautet wie folgt:

„Ein Rechtsgeschäft darf durch das Pflęgschaftsgericht nur genehmigt werden, wenn der Abschluss im Interesse des Pflęgebefohlenen liegt und somit dem Wohl des Pflęgebefohlenen entspricht. Dies ist der Fall, wenn das Vermögen des Pflęgebefohlenen vermehrt wird (vgl § 149 Abs 1 ABGB). Die angeführte Voraussetzung ist aber nicht erfüllt, wenn eine Verminderung des Vermögens des Pflęgebefohlenen nicht ausgeschlossen werden kann.“

Nach der Rsp zu dem vom OGH herangezogenen § 154 Abs 3 ABGB sind im Rahmen der Genehmigung die rechtlichen und wirtschaftlichen Vor- und Nachteile und Risiken eines Geschäftes abzuschätzen und daraus zu prüfen, ob das Geschäft im Interesse und Wohl des Kindes liegt und diesem daraus mit hoher Wahrscheinlichkeit kein Vermögensnachteil droht.⁵⁰⁾ Folgt man der eben wiedergegebenen strengen OGH-Judikatur, dann müsste das Rechtsgeschäft immer dann unterbleiben, wenn eine Verminderung des Vermögens der Privatstiftung nicht oder zumindest nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann. Die bloße Existenz von Risiken könnte daher einer Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG bereits entgegenstehen.

Eine derartig strenge Auffassung ist jedoch mE verfehlt. Bei Rechtsgeschäften iSd § 17 Abs 5 PSG handelt es sich regelmäßig um unternehmerische Entscheidungen, bei denen ein weiter Ermessensspielraum gegeben ist. Zentrale Voraussetzung ist, dass das Rechtsgeschäft aus der Sicht ex ante offenkundig dem

Wohl der Privatstiftung zu dienen geeignet ist.⁵¹⁾ Unternehmerische Entscheidungen ohne entsprechende Risiken kommen in der Praxis kaum vor. Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung darf von einem Handeln zum Wohl der Privatstiftung nur in Ausnahmefällen ausgegangen werden, wenn die Risiken einer unternehmerischen Entscheidung deren Chancen überwiegen. Nach anderer Auffassung können selbst existenzgefährdende Risiken eingegangen werden, wenn dies nach einer hinreichenden Abwägung von Chancen und Risiken „vertretbar“ erscheint.⁵²⁾ Unabhängig davon, welcher Auffassung man folgt, ist es im Rahmen einer unternehmerischen Entscheidung gestattet, Risiken einzugehen. Zweck des § 17 Abs 5 PSG ist es nur, Interessenkollisionen auszugleichen. Es soll jedoch nicht die unternehmerische Entscheidung der Privatstiftung durch eine „vormundschaftsorientierte“ Entscheidung des Gerichtes ersetzt werden. Trotz Vorliegen eines In-sich-Geschäftes bleibt daher der unternehmerische Entscheidungsspielraum bestehen. Dem liegt die auch ansonsten in der OGH-Judikatur vertretene Wertung zugrunde, dass der oder die Organträger nicht für jede unzumutbare Entscheidung einzustehen hat/haben, sondern nur für eine „eklatante Überschreitung seines Ermessensspielraumes“ oder eine „evident unrichtige Sachentscheidung“ oder eine „geradezu unvertretbare unternehmerische Entscheidung“.⁵³⁾ Auch bei der Genehmigung von Geschäften nach § 17 Abs 5 PSG ist ein derartiger Ermessensspielraum anzunehmen.

5. Folgen eines Verstoßes gegen § 17 Abs 5 PSG

Wird ein nach § 17 Abs 5 genehmigungspflichtiges Geschäft ohne gerichtliche Genehmigung abgeschlossen, ist es schwebend unwirksam. Der Schwebzustand endet entweder mit der Erteilung oder der Versagung der gerichtlichen Genehmigung oder in jenem Zeitpunkt, in dem feststeht, dass keine gerichtliche Genehmigung eingeholt wird.

Vorstandsmitglieder, welche an einem nach § 17 Abs 5 genehmigungspflichtigen Geschäft mitwirken, ohne die gerichtliche Genehmigung einzuholen, können sich nach § 29 PSG haftbar machen.⁵⁴⁾ Die Mitwirkung muss nicht darin bestehen, dass das jeweilige Vorstandsmitglied am Vertragsabschluss mitwirkt, sondern kann auch darin bestehen, dass ein Vorstandsmitglied, welches Kenntnis von einem genehmigungspflichtigen Geschäft hat, es unterlässt, auf eine gerichtliche Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG hinzuwirken. Mehrere Vorstandsmitglieder sind solidarisch verantwortlich.

Erbringt ein Vorstandsmitglied aufgrund eines nach § 17 Abs 5 PSG unwirksamen Rechtsgeschäftes Leistungen, so hat es hierfür keinen Vergütungsanspruch. Ein solcher Anspruch kann auch nicht auf bereicherungsrechtliche Grundsätze gestützt werden, weil dies einer Umgehung des § 17 Abs 5 PSG gleichkäme.⁵⁵⁾

46) OGH 24. 11. 2011, 6 Ob 58/11i unter Hinweis auf 31. 8. 2006, 6 Ob 155/06x.

47) Diese Parallele zu § 15 Abs 2 PSG und § 27 Abs 2 PSG wird in der OGH-Entscheidung vom 31. 8. 2006, 6 Ob 155/06x ausdrücklich angesprochen. Nach Auffassung des OGH hat sich die Beurteilung der Interessen und des Wohles der Privatstiftung im Rahmen der Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG an den zu § 15 Abs 2 und § 27 Abs 2 PSG entwickelten Grundsätzen zu orientieren.

48) Siehe jedoch Arnold, PSG² (2007) § 17 Rz 96, welcher die oben wiedergegebene Entscheidungspassage als Einschränkung des gerichtlichen Prüfungsmaßstabs interpretiert, und Kalls, Interessenkonflikte in der Privatstiftung – In-sichgeschäfte eines Vorstandsmitglieds mit der Privatstiftung gem § 17 Abs 5 PSG, Kathrein Stiftungsletter 13 (2009) 4, 7, welche diese Entscheidung dahin gehend interpretiert, dass im Rahmen der gerichtlichen Prüfung nur eine Plausibilitätskontrolle vorzunehmen ist.

49) OGH 6 Ob 155/06x.

50) Siehe Stabentheiner in Rummel (Hrsg), ABGB I³ (2000) §§ 154, 154a Rz 16 mit Rechtsprechungsnachweisen.

51) Siehe dazu Briem, Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010, 108, 111.

52) Siehe die Nachweise bei Gollan, Vorstandshaftung in der Stiftung – Eine Untersuchung zur Anwendung der Business Judgement Rule (2009) 80.

53) Siehe die Judikaturnachweise bei Karollus, Gedanken zur Haftung des Stiftungsvorstandes im Zusammenhang mit unternehmerischen Ermessensentscheidungen und mit der Schutzpflicht des Stiftungsvorstandes für die Stiftungs-Governance, in FS Reischauer (2010) 228.

54) OGH 24. 9. 2011, 6 Ob 58/11i. Der OGH lässt hier offenbar grundsätzlich den Einwand des Vorstandsmitglieds, das Geschäft wäre genehmigungsfähig gewesen, zu; in casu wurde dies aber verneint.

55) Siehe zu § 19 Abs 2 PSG OGH 10. 8. 2010, 1 Ob 214/09s, ZFS 2010, 165 ff (mit Anm Kalls) (Ablehnung einer Kompensation mit Bereicherungsansprüchen gegen den Anspruch auf Rückforderung der Vergütung; ob dies mit

Weiters kann die Mitwirkung an einem genehmigungspflichtigen Geschäft nach § 17 Abs 5 PSG ohne eine gerichtliche Genehmigung einzuholen eine grobe Pflichtverletzung iSd § 27 Abs 2 Z 1 PSG und damit einen Abberufungsgrund darstellen.⁵⁶⁾

6. Ergebnisse

1. Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit Mitgliedern des Stiftungsvorstandes bedürfen, sofern das Rechtsgeschäft der Privatstiftung nicht ausschließlich Vorteile bringt, bei Fehlen eines Aufsichtsrates der gerichtlichen Genehmigung.
2. Nur dann, wenn die Stiftungserklärung das konkrete Rechtsgeschäft nennt oder bereits objektivierbar die Grundlagen vorgibt, nach welchen die Leistungen (oder Lieferungen) des Stiftungsvorstandes zu vergüten sind, kann eine gerichtliche Genehmigung entfallen.
3. § 17 Abs 5 PSG ist eine abschließende Regelung, welche der Neutralisierung von Interessenkollisionen im Privatstiftungsrecht dient. Für eine Bestellung eines Kollisionskurators ist daneben kein Platz.
4. § 17 Abs 5 PSG ist analog auf jene Fälle anwendbar, in denen die Privatstiftung mit einem anderen Rechtsträger kontrahiert, welcher von einem Vorstandsmitglied vertreten wird (Doppelvertretung).
5. § 17 Abs 5 PSG ist auch dann anwendbar, wenn das Vorstandsmitglied, mit welchem die Privatstiftung kontrahiert, nur Treuhänder oder Treugeber ist.
6. § 17 Abs 5 PSG ist analog anwendbar, wenn die Privatstiftung mit einem anderen Rechtsträger kontrahiert, welcher von einem Vorstandsmitglied beherrscht wird. Eine Beherrschung im vorgenannten Sinn liegt immer dann vor,

dem in 6 Ob 58/11i [vorige FN] zugelassenen Einwand der hypothetisch erlangbaren Genehmigung gänzlich widerspruchsfrei ist, ist fraglich).

56) Siehe OGH 17. 12. 2009, 6 Ob 233/09x (betreffend dieselben Vorgänge wie in OGH 24. 9. 2011, 6 Ob 58/11i, in der es um die Haftung der früheren Vorstandsmitglieder ging).

Der Autor:

Dr. Robert Briem ist Rechtsanwalt in Wien.

Publikationen des Autors:

Auswirkungen der jüngsten OGH-Judikatur auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen, PSR 2010, 56 ff; Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen, PSR 2010, 108 ff; Die Novelle zum Privatstiftungsgesetz, PSR 2011, 6 ff.

- wenn dem Vorstandsmitglied die Mehrheit des Kapitals oder der Stimmrechte an dem Vertragspartner zustehen.
7. § 17 Abs 5 PSG ist analog anwendbar, wenn nicht die Privatstiftung, sondern eine von ihr beherrschte Beteiligungsgesellschaft mit einem Vorstandsmitglied kontrahiert, wenn die Interessenkollision auf Ebene der Beteiligungsgesellschaft weder durch einen Aufsichtsrat noch (im Falle einer GmbH) durch einen unbefangenen Geschäftsführer aufgelöst werden kann.
 8. Bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft iSd § 17 Abs 5 PSG zu genehmigen ist, handelt es sich im Regelfall um eine unternehmerische Entscheidung. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn das Rechtsgeschäft aus der Sicht ex ante offenkundig dem Wohl der Privatstiftung zu dienen geeignet ist. Hierbei besteht ein Ermessensspielraum.

7. Schlussbemerkung

Die Gerichte lagern in der Praxis die Entscheidung regelmäßig auf den Stiftungsprüfer aus, in dem sie vor einer Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG eine Stellungnahme des Stiftungsprüfers einholen und anschließend nur noch eine „Plausibilitätskontrolle“ dieser Stellungnahme vornehmen. Ehrlicher und effizienter wäre es, die Kompetenz zur Genehmigung von In-sich-Geschäften nur beim Stiftungsprüfer anzusiedeln. Allerdings wäre der Stiftungsprüfer dann, wenn sich seine Tätigkeit nicht nur auf die nachträgliche Prüfung des Geschäftes beschränkt, sondern bereits die Genehmigung des Geschäftes zum Inhalt hat, in die „Geschäftsführung“ der Privatstiftung eingebunden. Dies stünde im Spannungsverhältnis zu seiner sonstigen Prüfungstätigkeit.

Aus rechtspolitischer Sicht wäre es zu bevorzugen, wenn die Kompetenz zur Genehmigung von In-sich-Geschäften auch einem freiwilligen Organ iSd § 14 Abs 2 PSG (insb einem Beirat) zugewiesen werden könnte. Damit hätte es der Stifter in der Hand, allgemein Interessenkollisionen aufzulösen, ohne dass jedes Mal das Gericht befasst werden müsste.