

Einschränkungen für Begünstigte, begünstigtendominierte Beiräte und Stifter

NIKOLAUS ARNOLD

Der OGH hat sich in seiner Entscheidung vom 5.8.2009, 6 Ob 42/09h, kritisch zur mehrheitlichen Besetzung eines aufsichtsratsähnlichen Beirats einer Privatstiftung mit Begünstigten geäußert. Er hat darüber hinaus für die Praxis weitreichende Aussagen zur Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands durch (begünstigte) Stifter und begünstigtendominierte Beiräte getätigt. Der vorliegende Beitrag analysiert die diesbezüglichen Aussagen des OGH und zeigt ihre Auswirkungen für die Praxis auf. Der Volltext der Entscheidung ist gemeinsam mit einer Entscheidungsbesprechung von *Hochedlinger* in diesem Heft abgedruckt. Darüber hinaus hat sich der OGH in seiner Entscheidung vom 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, kritisch zur Besetzung des Stiftungsvorstands mit Vertrauenspersonen von Begünstigten geäußert. Auch die Auswirkungen dieser unmittelbar vor Drucklegung veröffentlichten Entscheidung (der Volltext der Entscheidung findet sich im nächsten GesRZ-Heft) soll kurz in die Darstellung einfließen.

I. Ausgangslage

Jede Privatstiftung muss zwingend über einen (aus mindestens drei Mitgliedern bestehenden) Stiftungsvorstand und einen Stiftungsprüfer verfügen. Daneben können Stifter ein oder mehrere weitere Organe einrichten (§ 14 Abs 2 PSG).

Die Mitglieder des ersten Stiftungsvorstands sind vom Stifter bzw von den Stiftern zu bestellen (§ 15 Abs 4 PSG).¹ Die Stiftungsurkunde kann die nachfolgende „Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch andere Stellen oder Stiftungsorgane“ vorsehen.²

Ist bei einer Privatstiftung ein Aufsichtsrat eingerichtet, obliegt diesem die Bestellung des Stiftungsprüfers. Verfügt die Privatstiftung über keinen Aufsichtsrat, erfolgt die Bestellung des Stiftungsprüfers zwingend durch das Gericht (§ 20 Abs 1 PSG).

Bei rund 55 % der Privatstiftungen haben sich Stifter die Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands vorbehalten. Nach Wegfall des Stifters/der Stifter wird für die Nachbestellung weit überwiegend eine Bestellung durch ein weiteres Organ (zumeist Beirat) oder eine Selbstergänzung vorgesehen. In fast drei Viertel aller Stiftungsurkunden ist die Einrichtung eines weiteren Organs entweder statutarisch zwingend vorgesehen oder es wurde die Möglichkeit zur Einsetzung eines weiteren Organs geschaffen.³

II. Einflussmöglichkeiten von Stiftern und begünstigtendominierten Beiräten

1. Gesetzeslage und Gesetzesmaterialien

1.1. Gem § 14 Abs 2 PSG können die Stifter *weitere Organe* zur Wahrung des Stiftungszwecks vorsehen. Diesen weiteren Organen kann *keine Vertretungsmacht* eingeräumt werden.⁴ Stifter kön-

nen „– was in der internationalen Praxis oft getan wird – einen ‚Beirat‘ mit kontrollierender oder sogar bis zu einem gewissen Grad auch weisungsgebender Funktion einrichten“.⁵ „Von einem solchen weiteren Organ werden *Begünstigte nicht ausgeschlossen*.“⁶ Als mögliche Aufgabenbereiche für Stiftungsorgane nennen die Gesetzesmaterialien auch die *Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands*.⁷ „Bei der Regelung über die Bestellung und Abberufung sowie Funktionsdauer und Vertretungsbefugnis der Stiftungsorgane ist dem Stifter weitgehend freie Hand gelassen; er muß jedoch die zwingenden Bestimmungen über Bestellung, Zusammensetzung, Unvereinbarkeit, Abberufung einhalten.“⁸

1.2. Gem § 15 Abs 2 PSG dürfen ein Begünstigter, dessen Ehegatte sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, sowie juristische Personen *nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands* sein. § 15 Abs 3 PSG erweitert den Personenkreis für die Fälle, dass eine juristische Person (nach überwiegender Ansicht ist dies iSv juristischer Person oder sonstiger Rechtsträger zu lesen) Begünstigter ist.⁹ „Um die Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung zu wahren und Kollisionen zu vermeiden, sind der Begünstigte und gewisse ihm nahe stehende Personen von einer Mitgliedschaft im Stiftungsvorstand ausgeschlossen.“¹⁰

1.3. § 23 Abs 2 Satz 2 PSG ordnet an, dass *Begünstigte* oder deren nahe Angehörige *nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder* stellen dürfen. Eine *vergleichbare Bestimmung für weitere Organe* (zB einen Beirat) *fehlt*. In § 23 Abs 3 PSG differenziert der Gesetzgeber ausdrücklich zwischen der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat und einem „vergleichbaren Organ“. Die Gesetzesmaterialien halten dazu fest: „Vergleichbare Organe sind solche, die vom Stifter eingerichtet sind und denen eine die Geschäftsführung oder Gebarung kontrollierende Aufgabe zukommt.“¹¹ Der Gesetzgeber

Dr. Nikolaus Arnold ist Rechtsanwalt in Wien und war am Verfahren 6 Ob 42/09h ausschließlich im Rechtsmittelstadium beteiligt. Die in diesem Artikel dargelegte Rechtsansicht wurde vom Autor bereits im Jahre 2002 im Rahmen der 1. und neuerlich im Jahre 2007 in der 2. Auflage seines PSG-Kommentars schriftlich niedergelegt.

¹ In Sonderfällen kann die Zuständigkeit auf den Stiftungskurator übergehen.

² ErlRV (1132 BgNR 18.GP) zum § 15 Abs 4 PSG.

³ Alle statistischen Angaben beziehen sich auf eine Auswertung von zufällig ausgewählten Stiftungsurkunden durch den Autor für den 2. Österreichischen Stiftungstag.

⁴ ErlRV zum § 14 Abs 2 PSG.

⁵ ErlRV zum § 15 Abs 2 PSG.

⁶ ErlRV zum § 15 Abs 2 PSG.

⁷ ErlRV zum § 15 Abs 4 PSG.

⁸ ErlRV zum § 9 Abs 2 PSG.

⁹ Zur Erweiterung auf Lebensgefährten ab 1.1.2010 durch das FamRÄG 2009 siehe N. Arnold, Unvereinbarkeitsbestimmung für Mitglieder des Stiftungsvorstands erweitert, GesRZ 2009, 287.

¹⁰ ErlRV zum § 15 Abs 2 PSG.

¹¹ ErlRV zum § 23 Abs 3 PSG.

hat daher in § 23 Abs 3 PSG ganz bewusst zwischen weiteren Organen (zB Beirat) und dem Aufsichtsrat unterschieden.

2. Die OGH-E 6 Ob 42/09h zu Bestellung, Abberufung und Aufsichtsratsähnlichkeit im Spannungsfeld zur bisherigen Judikatur, hA und Firmenbuchpraxis

2.1. Der OGH nimmt in seiner Entscheidung vom 5.8.2009, 6 Ob 42/09h, ausdrücklich auf seine Entscheidung vom 12.5.1997, 6 Ob 39/97x,¹² Bezug. Das Höchstgericht führt dazu aus, es habe bereits in dieser Entscheidung aus 1997 dargelegt, dass es die Auffassung, „ein mit Begünstigten besetzter Beirat sei zulässig, wenn diesem nur ein Bestellungsrecht oder ein auf wichtige Gründe beschränktes Abberufungsrecht zukommt, ab[lehne]“; auch „dem Aufsichtsrat könne die Bestellung und Abberufung des Vorstands übertragen werden, der Aufsichtsrat dürfe aber nicht mehrheitlich mit Begünstigten besetzt werden; diese zwingende gesetzliche Anordnung wäre obsolet, wenn anstelle des Aufsichtsrats ein Beirat mit diesen Befugnissen installiert und zur Gänze mit Begünstigten besetzt werden könnte.“ Weiters führt das Höchstgericht aus, dass auch ein Teil der Lehre die Ansicht, dass die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat analog anzuwenden sei, teile. Konkret zitiert es hierzu Micheler,¹³ G. Nowotny¹⁴ und Pittl.¹⁵

2.2. Der aufmerksame Beobachter der OGH-Judikatur hat ein anderes Bild der bisherigen Rspr und Lehre vor Augen. Liest man den Inhalt der nunmehr als Begründung herangezogenen OGH-E 6 Ob 39/97x nach, bestätigt sich dieses gegenteilige Bild. Das Höchstgericht hat damals ausgeführt: „Die Installierung eines nur mit Begünstigten besetzten Beirates einer Privatstiftung, dem (ua) die Befugnis zur Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes ohne Beschränkung auf einen wichtigen Grund oder die Bestimmung von Vergütungen für den Vorstand zukommt, ist infolge Interessenskollision und zur Vermeidung der Umgehung der Unvereinbarkeitsbestimmungen unzulässig.“

Das Höchstgericht hat daher in seiner Entscheidung aus 1997 eine auf wichtige Gründe beschränkte Abberufung gerade nicht abgelehnt. Auch die Bestellungsbezugnis eines begünstigten-dominierten Beirates hat das Höchstgericht in dieser Entscheidung nicht abgelehnt. Die OGH-E 6 Ob 42/09h beruft sich daher für ihre Ansicht zu Unrecht auf die E 6 Ob 39/97x.

2.3. Es entspricht vollkommen hA,¹⁶ dass die Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands sowie die Abberufung derselben, soweit die Abberufung auf wichtige Gründe beschränkt ist, durch Begünstigte und/oder einen begünstigtendominierten Beirat zulässig ist. Selbst die ältere Literatur spricht sich einheit-

lich für die Zulässigkeit einer Bestellung des Stiftungsvorstands durch Begünstigte und die Zulässigkeit der Abberufung durch diese aus wichtigem Grund aus. Der vom OGH zitierte Pittl führt aus: „Den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften des PSG ... läßt sich entnehmen, daß der Stifter die Begünstigten mit der Kompetenz zur Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern ausstatten kann und es sich bei der gerichtlichen Bestellung nur um eine Notkompetenz handelt, welche nur eingreift, wenn auch die Bestellung durch ein in der Stiftungserklärung geregeltes Bestellungsorgan versagt. ... Von einer Einflußnahme auf die Tätigkeit des Vorstands kann freilich nicht geschlossen werden, wenn dem Begünstigten-Beirat nur die Bestellungskompetenz oder diese Kompetenz sowie ein auf wichtige Gründe beschränktes Abberufungsrecht eingeräumt wird und die Funktionsperiode nicht weniger als ein Jahr beträgt. Die Auffassung ist mittlerweile als herrschend anzusehen.“¹⁷

Micheler formuliert inhaltsgleich: „Die bloße Bestellung aller Vorstandsmitglieder durch Begünstigte wird daher zulässig sein, wenn den Begünstigten kein oder nur ein auf wichtige Gründe beschränktes Abberufungsrecht zukommt und die Funktionsperiode des Vorstands nicht zu kurz bemessen ist.“¹⁸

Schließlich besagt auch die dritte vom OGH zitierte Literaturstelle, nämlich G. Nowotny: „Die Bestellung von Vorstandsmitgliedern durch Begünstigte (oder einen mehrheitlich aus Begünstigten bestehenden Beirat) soll stets zulässig sein, wenn die Funktionsperiode des Vorstandes nicht zu kurz ist (fünf Jahre) oder auf unbestimmte Zeit. Die Abberufung durch Begünstigte (oder einen mehrheitlich aus Begünstigten bestehenden Beirat) ist jedenfalls auf einen wichtigen Grund zu beschränken. Diese Ansicht entspricht im Wesentlichen auch der Praxis des Handelsgerichtes Wien.“¹⁹

Die hA und selbst die in der Entscheidung angeführten Literaturstellen sehen daher eine Bestellung und eine auf wichtige Gründe eingeschränkte Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands durch Begünstigte oder einen mit Begünstigten – auch mehrheitlich – besetzten Beirat als zulässig an. Auch die Firmenbuchpraxis billigte diese Ansicht.²⁰

Wie bereits P. Doralt dargelegt hat,²¹ ist ein genereller Grundsatz, wonach eine Person, die einem bestimmten Organ nicht angehören darf, auch die Mitglieder desselben nicht bestellen dürfe, der österreichischen Rechtsordnung fremd. ME ist der Ansicht des Höchstgerichts, eine Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands durch Begünstigte oder nahe Angehörige von Begünstigten (etwa auch Stifter oder begünstigtendominierte Beiräte) sei unzulässig (was das Höchstgericht durch die Wortwahl „nur ein Bestellungsrecht oder“ zum Ausdruck bringt), nicht zu folgen. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei zur näheren Begründung neben P. Doralt auf die zitierte hA verwiesen.

2.4. Ebenso besteht mit der hA kein Grund zu der Annahme, eine auf wichtige Gründe beschränkte Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch Begünstigte oder nahe Angehörige von Begünstigten (etwa Stifter oder Beirat) sei unzulässig. Unzulässig wäre die Abberufungsmöglichkeit mE dann, wenn die vorzeitige Abberufung ohne Beschränkung auf wichtige (sachliche) Gründe erfolgen könnte.²² Hier ist auf die Wertungen

¹² RdW 1997, 534 = JBl 1997, 776 (König) = ecolx 1997, 941.

¹³ Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG (1995) § 14 Rz 22.

¹⁴ G. Nowotny, Die Anforderungen an die Stiftungsurkunde aus dem Blickwinkel des Firmenbuchgerichts, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen (2000) 137.

¹⁵ Pittl, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, NZ 1999, 197.

¹⁶ Siehe nur P. Doralt, Zur Bestellung der Vorstandsmitglieder und des Stiftungsprüfers bei Privatstiftungen durch Begünstigte oder ein von Begünstigten gebildetes Gremium, GesRZ 1997, 125 (136 f); Briem, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12 (19 ff); H. Torggler, Die Familien-Privatstiftung aus der Sicht der Nachfolge-Generationen, in Eiselsberg, Jahrbuch Stiftungsrecht 2008 (2008) 91 (99); ders, Zur Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands einer Privatstiftung, GesRZ 1997, 140; ders, Stiftungsvorstand und Begünstigte – Gewaltentrennung in Theorie und Praxis, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen (2000) 61 (65 ff); Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 7/56; Kalss/Zollner, Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Begünstigten – Gestaltungsmöglichkeiten des Stifters, GesRZ 2008, 351 (357); V. Hügel, Begünstigte im Stiftungsbeirat, ZFS 2006, 65; Keller, Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht (2006) 176; N. Arnold, PSG² (2007) § 15 Rz 124.

¹⁷ Pittl, NZ 1999, 204.

¹⁸ Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, §§ 15, 16 Rz 26.

¹⁹ G. Nowotny, Stiftungsurkunde, 160.

²⁰ Siehe auch Müller, Der Standard vom 7.10.2009: „Dieses Recht wurde in der Lehre (und Firmenbuchpraxis) bisher für zulässig erachtet, sofern es nicht mit zu kurzen Funktionsperioden (mindestens ein Jahr) des Stiftungsvorstands gekoppelt wurde.“; so auch bereits im Jahr 2000 G. Nowotny, Stiftungsurkunde, 160: „Diese Ansicht entspricht im Wesentlichen auch der Praxis des Handelsgerichtes Wien.“

²¹ P. Doralt, GesRZ 1997, 136 f.

²² Zur Begründung dieser Ansicht siehe bereits N. Arnold, PSG², § 15 Rz 120; großzügiger Reich-Rohrwig/Größ, Zur Abberufung des Stiftungsvorstands, ecolx 2003, 103; Linder/

des § 27 Abs 2 PSG zurückzugreifen. Zur Vermeidung von Umgehungen ist für auf bestimmte Dauer bestellte Mitglieder des Stiftungsvorstands eine angemessene Mindestfunktionsperiode vorzusehen, wobei mE – auch übereinstimmend mit der Firmenbuchpraxis des HG Wien – eine einjährige Mindestfunktionsperiode ausreichend ist.²³

2.5. In den Entscheidungen vom 16.2.2006, 6 Ob 178/05b, vom 12.12.2002, 6 Ob 291/02s, und vom 31.1.2002, 6 Ob 305/01y, war das Höchstgericht mit Bestellung und Abberufung durch Stifter (bzw in einem Fall nach Änderung der Stiftungsurkunde mit der Bestellung durch Kapitalvertreter im Aufsichtsrat einer AG) befasst, sah aber jeweils keine Notwendigkeit, die Frage der Begünstigtenstellung (oder Stellung als naher Angehöriger eines Begünstigten) zu hinterfragen. In der Entscheidung vom 6.6.2001, 6 Ob 116/01d, hielt das Höchstgericht fest: „[Das Rekursgericht] hat den Willen der Stifterin auch insoweit berücksichtigt, als die Stiftungserklärung dem Stiftungsrat zahlreiche maßgebliche Kontroll- und Zustimmungsrechte einräumt, die sogar jene eines Aufsichtsrats iSd § 25 PSG übertreffen. Aus den Bestimmungen über den Stiftungsrat hat das RekursG für den vorliegenden Fall abgeleitet, dass diesem Organ nach dem Willen der Stifterin ein umfassendes Bestellungsrecht zukommen sollte.“ Auch in diesem Fall sah es das Höchstgericht nicht für erforderlich an, die Frage der Begünstigtenstellung zu problematisieren.

2.6. Auch die Gesetzesmaterialien führen aus, dass die Stiftungsurkunde die „Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch andere Stellen oder Stiftungsorgane“ vorsehen kann.²⁴ „Bei der Regelung über die Bestellung und Abberufung ... der Stiftungsorgane ist dem Stifter weitgehend freie Hand gelassen.“²⁵ Da die Bestellung des Stiftungsprüfers zwingend in § 20 Abs 1 PSG geregelt ist, die des Aufsichtsrats gleichfalls zwingend in § 24 Abs 1 PSG, kann der Gesetzgeber nur den Stiftungsvorstand und weitere Organe iSd § 14 Abs 2 PSG gemeint haben.

Kalss weist zu Recht darauf hin, dass das Recht zur Bestellung von Organmitgliedern generell keine Abhängigkeit begründet.²⁶ So lässt das PSG etwa die Bestellung des Stiftungsprüfers durch den Aufsichtsrat zu, obwohl die Aufsichtsratsmitglieder nicht Stiftungsprüfer sein dürfen. Auch der Aufsichtsrat einer AG bestellt den Vorstand, ohne dass darin eine Umgehung der Inkompatibilitätsregelung des § 90 AktG zu sehen wäre.

2.7. Mit der hA, der bisherigen Judikatur, der Firmenbuchpraxis und den Gesetzesmaterialien ist daher mE eine Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch (begünstigte) Stifter oder begünstigtendominierte Beiräte zulässig. Selbiges gilt für das Recht auf Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund, sofern der Stiftungsvorstand durch eine Mindestfunktionsperiode (mE von zumindest einem Jahr) abgesichert ist. Es bleibt zu hoffen, dass das Höchstgericht seine insoweit wesentlich weitergehenden mit Allgemeingültigkeit versehenen Aussagen relativiert.

2.8. Wie bereits oben dargelegt, geht das Höchstgericht außerdem davon aus, dass ein *aufsichtsratsähnlicher Beirat* nicht mehrheitlich mit Begünstigten (und wohl auch nicht mit nahen Angehörigen von Begünstigten) besetzt werden dürfe. Der OGH sieht daher offenbar eine planwidrige Lücke, die er durch eine analoge

Anwendung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG auf einen Beirat, dem aufsichtsratsähnliche Aufgaben zukommen, schließt. Auch in diesem Punkt überzeugt die Argumentation des Höchstgerichts mE nicht. Eine planwidrige Unvollständigkeit als notwendige Voraussetzung für eine Analogie liegt tatsächlich nicht vor.

Dass auch dem Aufsichtsrat die Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands übertragen werden könne, ist für eine analoge Anwendung kein Argument. Der gesetzlichen Grundkonzeption des PSG zufolge kommt dem Aufsichtsrat die Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands gerade nicht zu. Warum eine bloß in der Lehre aufgezeigte Möglichkeit eine Grundlage für eine Analogie bilden sollte, ist nicht nachvollziehbar. In den Gesetzesmaterialien²⁷ findet sich auch kein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber durch die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 PSG die unabhängige Bestellung des Stiftungsvorstands absichern wollte. Bei der Frage einer analogen Anwendung der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 PSG können Fragen der Bestellung des Stiftungsvorstands keine Berücksichtigung finden, da es sich hierbei um keine dem Aufsichtsrat nach der Konzeption des PSG zugewiesene Aufgabe handelt. Nicht übersehen werden darf außerdem, dass der Gesetzgeber in § 23 Abs 3 PSG und den Gesetzesmaterialien zu § 23 Abs 3 PSG ausdrücklich zwischen dem Aufsichtsrat und weiteren Organen unterscheidet. Es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er wäre sich in § 23 Abs 3 PSG dieser Unterscheidung bewusst gewesen, hätte auf sie nur einen Satz davor aber vergessen.²⁸

2.9. Die hA geht – mE zu Recht – von der Zulässigkeit einer mehrheitlichen Besetzung von aufsichtsratsähnlichen Beiräten mit Begünstigten aus. *Pars pro toto* seien hier nur die Analysen von Briem, Zollner, H. Torggler, V. Hügel, Strasser, Keller, Kalss/Zollner, Ch. Nowotny, Kalss, Eiselsberg und N. Arnold genannt.

Briem führt nach eingehender Untersuchung aus: „Das Recht zur Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes (bei einer bestimmten Mindestfunktionsperiode) und das auf sachliche Gründe eingeschränkte Recht zur Abberufung der Vorstandsmitglieder stellen noch keinen unzulässigen Einfluss auf das Stiftungsgeschehen dar. Das Recht, dass bestimmte wichtige Maßnahmen der Zustimmung eines Beirats vorbehalten werden, stellt ebenfalls noch keinen unzulässigen Einfluss auf das Stiftungsgeschehen dar. ... Auch ein ausschließlich oder mehrheitlich mit Begünstigten besetzter Beirat kann aufsichtsratsähnliche Befugnisse haben. Eine analoge Anwendung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG ist nicht geboten.“²⁹

Kalss/Zollner: „Hat man jedoch erkannt, dass der Zweck des Verbots der mehrheitlichen Besetzung des Aufsichtsrats mit Begünstigten in der Sicherstellung der Unabhängigkeit des Vorstands durch eine unabhängige Stiftungsprüferbestellung und in der von den Begünstigten nicht beeinflussbaren Genehmigung von Ingeschäften liegt, besteht mangels Regelungslücke auch kein Bedarf, dieses per analogiam auf Beiräte zu übertragen. Denn Beiräten können weder die Kompetenz zur Vertretung der Privatstiftung bei Geschäften eines Vorstandsmitglieds mit der Privatstiftung noch die Kompetenz zur Bestellung des Stiftungsprüfers übertragen werden.“³⁰ Zollner kommt nach eingehender Untersuchung ebenfalls zu diesem Ergebnis.³¹

H. Torggler hält in seiner Untersuchung fest: „Ein Beirat mit aufsichtsratsgleichen oder -ähnlichen Befugnissen, der ausschließ-

Zollner, Gedanken zur Abberufung des Stiftungsvorstands durch den Stifter, SWK 2005, W 195; kritisch Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 7/55.

²³ Siehe nur die Wertung des § 270 Abs 6 UGB.

²⁴ ErlRV zum § 15 Abs 4 PSG.

²⁵ ErlRV zum § 9 Abs 2 PSG.

²⁶ Kalss, PSR 2009, Heft 2 (in Druck).

²⁷ ErlRV zum § 23 Abs 2 PSG.

²⁸ Siehe ErlRV zum § 23 Abs 3 PSG.

²⁹ Briem, GesRZ 2009, 19 ff.

³⁰ Kalss/Zollner, GesRZ 2008, 357.

³¹ Zollner, Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten für Beiräte einer Privatstiftung, JBl 2009, 22 (24 f).

lich oder überwiegend mit Begünstigten besetzt ist, sollte daher zulässig sein, wenn, wie schon die amtlichen Erläuterungen zum PSG postulieren, seine Befugnisse nicht so weit gehen, dass dadurch der Stiftungsvorstand in seiner Tätigkeit vollständig an die Zustimmung des Beirats gebunden und so die vom PSG normierte Aufgabenverteilung unter den obligatorischen Stiftungsorganen unterlaufen wird.“ „Die vom Gesetzgeber mit einem liberalen Stiftungsgesetz verfolgten Ziele, nämlich ‚einem weiteren Abfluß österreichischen Vermögens in ausländische Stiftungen‘ vorzubeugen und einen ‚Anreiz‘ zu schaffen, ‚ausländisches Vermögen in österreichische Stiftungen einzubringen‘, werden mit einer so restriktiven Auslegung des Gesetzes vereitelt.“³²

V. Hügel hat Literatur und Judikatur gleichfalls eingehend analysiert und führt aus: „§ 23 Abs 2 Satz 2 PSG soll die Objektivität des Aufsichtsrats bei der Bestellung des Stiftungsprüfers sowie die Arbeitnehmermitbestimmung absichern. Auch dies rechtfertigt keine Analogie, weil dem Beirat derartige Funktionen nicht eingeräumt werden können. Ist hingegen ein Beirat – etwa aufgrund schrankenloser Kompetenzen zur Bestellung und/oder Abberufung der Stiftungsvorstandsmitglieder – als faktisches Geschäftsleitungsorgan anzusehen, kann in der Besetzung des Beirats mit Begünstigten eine unzulässige Umgehung des § 15 Abs 2 PSG gesehen werden. Dies ist nicht der Fall, wenn Vorstandsmitglieder auf bestimmte Zeit bestellt werden und vom Beirat nur aus wichtigem oder sachlichem Grund abberufen werden können.“³³

Kals führt aus: „Der Stifter kann den Begünstigten über das Gesetzesrecht hinaus in der Stiftungserklärung bestimmte Rechte einräumen. ... Gestaltbare Herrschaftsrechte sind etwa Kontrollrechte (Informations-, Einsichtsrechte, Einleitung einer Sonderprüfung) oder in bestimmtem Umfang auch Einflussrechte auf das Vorstandshandeln (Bestellungs-, Abberufungs-, Weisungs-, Zustimmungsrechte). ... Der Stifter kann zur Wahrung des Stiftungszwecks auch weitere Organe vorsehen, denen Begünstigte angehören.“³⁴

Ch. Nowotny: „Daher ist es nicht geboten, aus Gründen des Gläubigerschutzes bei der freiwilligen Implementierung weiterer Organe auf zwingende Organisationsregelungen zurückzugreifen, die für ein Organ, nämlich den Aufsichtsrat, nur dann gelten, wenn dieses zwingend durch Gesetz aufgetragen ist. ... Unzutreffend ist es, einfach auf die Regelungen des Aufsichtsrats bei der AG oder GmbH zurückzugreifen; denn hier betrifft die Unvereinbarkeitsregel ein Organ, welches regelmäßig deswegen eingerichtet wird, weil es vom Gesetz zwingend vorgegeben wird, und welches dann auch unter der Bezeichnung ‚Aufsichtsrat‘ im Firmenbuch offengelegt wird.“³⁵

Eiselsberg hat dargelegt, dass eine analoge Anwendung der Bestimmungen über den Aufsichtsrat schon „deswegen nicht gerechtfertigt [scheint], weil ja ohnedies der familienfremde Stiftungsvorstand besteht.“³⁶

Keller hält fest: „ME ist eine analoge Anwendung des § 23 Abs 2 zweiter Satz PSG selbst bei einem aufsichtsratsähnlichen Beirat nicht vonnöten, weshalb der Stifter auch diesen mehrheitlich oder zur Gänze mit Begünstigten besetzen kann. Da aber bei Fehlen eines AR die Prüfer-Bestellung zwingend dem Gericht zusteht, ist ein funktionsfähiges und effizientes Kontrollsystem auch bei Errichtung eines (mehrheitlich mit Begünstigten besetzten) Beirates sichergestellt. ... [Die] Ansicht, dass ein Beirat nicht ausschließlich mit

Begünstigten besetzt sein dürfe, [begründet der OGH] ua damit, dass bei einem derart besetzten Beirat die Bestimmung des § 23 Abs 2 PSG obsolet wäre. Dies kann mE in keinster Weise überzeugen, da er, wenn die Voraussetzungen für einen obligatorischen AR nach § 22 Abs 1 PSG vorliegen oder ggf vom Stifter ein fakultativer AR eingesetzt wird, § 23 Abs 2 PSG jedenfalls zur Anwendung gelangt.“³⁷

Der Autor hat sich gleichfalls nach Analyse der maßgeblichen Bestimmungen gegen eine analoge Anwendung des § 23 Abs 2 PSG und für die Zulässigkeit der Bestellung und der auf wichtige Gründe eingeschränkten Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands auch durch Begünstigte ausgesprochen.³⁸

2.10. Das OLG Wien hat ausgesprochen: „Besteht im gegenwärtigen Fall nicht die Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsrats gemäß § 22 Abs 1 PSG, so werden durch die Einrichtung eines aufsichtsratsähnlichen Beirats nicht die Besetzungsregelungen des § 23 Abs 2 PSG umgangen, weshalb eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den Beirat nicht gerechtfertigt ist.“³⁹ Auch diese Entscheidung findet in der OGH-Entscheidung keine Berücksichtigung.

2.11. Die Ausführungen des OGH vermögen es mE nicht, die von der hA vorgetragene Argumente und Untersuchungsergebnisse zu widerlegen. Die für eine Analogie notwendige Grundvoraussetzung des Vorliegens einer planwidrigen Lücke ist nicht gegeben. Mit der hA und dem OLG Wien bestehen mE die besseren Argumente dafür, dass die Regelungen über den Aufsichtsrat durch die Einsetzung eines Beirats nicht umgangen werden können. Soweit die Voraussetzungen für die Einrichtung eines Aufsichtsrats vorliegen, ist dieser zwingend einzurichten. Ihm kommen die ihm zugewiesenen Aufgaben und Rechte unabhängig davon zu, ob ein weiteres Organ iSd § 14 Abs 2 PSG eingerichtet ist. Für eine analoge Anwendung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG auf Beiräte besteht daher keine Veranlassung. Dies umso weniger, als einem Beirat die dem Aufsichtsrat zugewiesenen Aufgaben der Bestellung des Stiftungsprüfers und der Vertretung der Privatstiftung bei Geschäften des Stiftungsvorstands mit der Privatstiftung nicht übertragen werden können. Verfügt die Privatstiftung über einen Beirat, aber über keinen Aufsichtsrat, wird der Stiftungsprüfer zwingend vom Gericht bestellt. Die Privatstiftung verfügt daher jedenfalls zwingend über ein unabhängiges Kontrollorgan. Geschäfte zwischen Stiftungsvorstand und Privatstiftung bedürfen diesfalls gleichfalls zwingend der gerichtlichen Zustimmung (und der Zustimmung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands). Der Gesetzgeber hat in § 23 Abs 3 PSG und den Gesetzesmaterialien außerdem dokumentiert, dass er sich der Unterscheidung zwischen Beirat und Aufsichtsrat bewusst war. Es kann ihm nicht unterstellt werden, dass er in Abs 3 leg cit und den Gesetzesmaterialien zu diesem eine solche Unterscheidung vornimmt, nur einen Absatz zuvor aber nicht. Die Gesetzesmaterialien zu § 23 Abs 3 PSG nehmen auch von der Wortwahl her eindeutig auf weitere Organe iSd § 14 Abs 2 PSG Bezug. Auch darf die Entstehungsgeschichte der Einfügung der Regelungen über den Aufsichtsrat – quasi in letzter Minute – aufgrund geäußerter Bedenken in Bezug auf die Arbeitnehmermitbestimmung nicht übersehen werden. Auch die Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung können durch die Einrichtung eines Beirats nicht umgangen werden.

³² Siehe ua H. Torggler, Familien-Privatstiftung, 99; ders, GesRZ 1997, 140; ders, Stiftungsvorstand und Begünstigte, 65 ff.

³³ V. Hügel, ZfS 2006, 65 ff.

³⁴ Kals in Kals/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 7/70.

³⁵ Ch. Nowotny, Beirat – Aufsichtsrat – Ausschuss. Fragen der Gestaltung dualer Kontrollstrukturen, RdW 2008, 699 (701 f).

³⁶ Eiselsberg in Kathrein & Co. Stiftungsletter 10/2007, 8 (11).

³⁷ Keller, Einflussnahme, 145 ff sowie FN 775.

³⁸ N. Arnold, PSG², § 14 Rz 67 ff bzw zuvor bereits in der 1. Auflage.

³⁹ OLG Wien 31.5.1999, 28 R 244/98b.

2.12. Weiters begründet das Höchstgericht seine Ansicht damit, dass das in der E 6 Ob 305/01y „*besonders betonte Fehlen einer Antragslegitimation des Stifters auf Abberufung der Vorstandsmitglieder (bei Unterbleiben einer anderslautenden Regelung in der Stiftungsurkunde) ... durch die vorliegende Konstellation umgangen werden könnte.*“ Es ist unklar, welche „Umgehung“ vom Höchstgericht damit gemeint ist. In der zitierten Entscheidung vom 31.1.2002, 6 Ob 305/01y, ging es um die Einrichtung eines sog. „*geheimen*“ Organs. Da die Regelungen über die Einrichtung des Beirats im dort zu entscheidenden Fall unzulässigerweise in der Stiftungszusatzurkunde enthalten waren, hielt das Höchstgericht fest: „*Ein von den Stiftern eingerichtetes Gremium (wie etwa der Beirat) ist jedenfalls dann nicht Organ der Stiftung im Sinne des § 14 Abs 2 PSG, wenn die Stiftungsurkunde – wie hier – lediglich den Vorbehalt der Errichtung weiterer Organe enthält und durch gänzlichliches Fehlen von Angaben über Organisationsstruktur und Aufgaben dieses Gremiums keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dass ein Organ zur Wahrung des Stiftungszwecks geschaffen werden soll.*“ Daneben führte das Höchstgericht dort aus: „*Einem Mitstifter, dessen Abberufungsbefugnis sich auf ein gemeinsames Tätigwerden mit einem weiteren Stifter beschränkt und der nicht Mitglied eines Stiftungsorgans ist, steht hingegen nur die Möglichkeit offen, die amtswegige Abberufung durch das Gericht anzuregen.*“ Offenbar versteht das Höchstgericht seine damalige Entscheidung nunmehr dahingehend, dass einem Stifter keine Antragslegitimation auf Einleitung eines Abberufungsverfahrens (§ 27 Abs 2 PSG) eingeräumt werden dürfe und dass er nicht über den Umweg einer Beiratsmitgliedschaft in diese Position gebracht werden dürfe. Die vom Höchstgericht der E 6 Ob 305/01y beigemessenen Ausführungen enthält diese nicht. Es wäre auch nicht nachvollziehbar, warum die Beiratsmitgliedschaft eines Stifters eine Umgehung des § 27 Abs 2 PSG sein sollte. Die Antragslegitimation wird im PSG nicht gesondert geregelt. Es gelten die Grundsätze des außerstreitigen Verfahrens. Antragslegitimiert sind daher Personen, denen ein rechtliches Interesse zukommt.⁴⁰ Die Gesetzesmaterialien halten ausdrücklich „*Stiftungsorgane und deren Mitglieder, aber auch Begünstigte*“ als antragslegitimiert fest. Der begünstigte Stifter ist daher unabhängig davon, ob er Mitglied eines weiteren Organs ist, antragslegitimiert.⁴¹ Der OGH hat in der E 6 Ob 305/01y die in der von ihm dort zu beurteilenden Stiftungsurkunde vorgesehene Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands durch die Stifter auch nicht beanstandet.

2.13. Kritisch beurteilt das Höchstgericht in der E 6 Ob 42/09h, dass im entscheidungsgegenständlichen Fall der Beirat „*die Abberufung von Vorstandsmitgliedern durch den Vorstand selbst bei Vorliegen wichtiger Gründe im Sinne des § 75 Abs 4 AktG verhindern [könne, da] die Abberufung insoweit doch der Zustimmung des Beirats*“ bedürfe. Eine „Selbstabberufung“ (als Gegenstück zur Selbstergänzung) ist dem Stiftungsvorstand gesetzlich nicht zugewiesen. Eine Bindung bei der „Selbstabberufung“ im Innenverhältnis kann die gerichtlich zwingende Zuständigkeit nach § 27 Abs 2 PSG nicht ausschließen. Dem Stiftungsvorstand (und jedem seiner Mitglieder) stünde es stets frei, eine gerichtliche Abberufung nach § 27 Abs 2 PSG zu beantragen. Mehr Rechte hat der Stiftungsvorstand auch nach der gesetzlichen Grundkonzeption des PSG bei der Abberufung nicht. Warum eine Einschränkung einer zusätzlichen (über das gesetzliche Mindestmaß hinausgehenden) Abberufungsmöglichkeit problematisch sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Die dem Stiftungsvorstand gesetzlich

zugewiesenen Möglichkeiten der Antragstellung auf gerichtliche Abberufung werden dadurch nicht beschränkt.

2.14. Ebenso übt das Höchstgericht in der E 6 Ob 42/09h Kritik an den Zustimmungsrechten des Beirats bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens durch den Stiftungsvorstand. Andererseits führt es aber aus, dass ein „*Beirat mit kontrollierender oder sogar bis zu einem gewissen Grad auch weisungsgebender Funktion*“ eingerichtet werden kann; „*von einem solchen weiteren Organ werden Begünstigte dann nicht ausgeschlossen*“. Kontrollrechte sind Begünstigten bereits in § 30 PSG eingeräumt. So kann ein Begünstigter von der Privatstiftung die Erteilung von Auskünften über die Erfüllung des Stiftungszwecks sowie die Einsichtnahme in den Jahresabschluss, den Lagebericht, den Prüfungsbericht, die Bücher sowie die Stiftungserklärung verlangen. Wären dem Gesetzgeber bei der Zuständigkeit weiterer Organe (zB Beirat) daher lediglich Kontrollrechte im engsten Sinn vorgeschwebt, hätte er diese in den Gesetzesmaterialien zu § 14 PSG nicht erwähnen müssen. Diese Rechte stehen Begünstigten auch dann zu, wenn kein weiteres Organ eingerichtet ist. Selbst dann, wenn ein weiteres Organ eingerichtet ist, können sie dem Begünstigten als Individualrecht aber nicht entzogen werden. Zustimmungsrechte sind außerdem ein Instrumentarium der Erfüllung der Kontrolle.⁴² Zwischen Zustimmungsrechten und Kontrollrechten ist daher nicht zu differenzieren, da Zustimmungsrechte eine notwendige Ausübungsform der Kontrolle sind, will man den Begriff der Kontrolle nicht (abweichend von der hA im Gesellschaftsrecht) auf eine schlicht nachprüfende beschränken. Weisungsrechte sind von der Intensität her weit über Zustimmungsrechte zu stellen. Es besteht daher mE auch keine Rechtfertigung dafür, Weisungsrechte (wenn auch eingeschränkt) zuzulassen, Zustimmungsrechte, soweit sie den Zustimmungsberechtigten nicht quasi zum faktischen Geschäftsführer erheben, aber für unzulässig anzusehen. Es ist auch nicht geboten, § 23 Abs 2 Satz 2 PSG auf einen Beirat, dem Weisungsrechte übertragen sind, nicht analog anzuwenden, auf einen Beirat, dem lediglich Zustimmungsrechte zukommen, aber sehr wohl.

Als Maßnahme der Kontrolle ist die Ausgestaltung zustimmungspflichtiger Geschäfte mE zulässig. Zustimmungspflichtige Geschäfte dürfen den Stiftungsvorstand aber nicht in unzulässiger Weise beschränken. Eine allgemein gültige Abgrenzung ist hier nicht möglich, da diese von der konkreten Privatstiftung abhängt. Wie der OGH in seiner Entscheidung vom 13.3.2008, 6 Ob 49/07k,⁴³ zutreffend festgehalten hat, dürfen zustimmungspflichtige Geschäfte die dem Stiftungsvorstand obliegende Geschäftsführung nicht faktisch lahmlegen. Dagegen verstößende Regelungen der Stiftungserklärung oder einer Geschäftsordnung sind unwirksam. Eine Einschränkung des Kreises der einem Genehmigungsvorbehalt zu unterstellenden Beschlüsse schon in der Stiftungserklärung ist aber nicht notwendig.

Die vom Höchstgericht als zulässig angenommene „*bis zu einem gewissen Grad auch weisungsgebende Funktion*“ ist mE nur in engen Schranken denkbar. Eine gesetzliche Grundlage für Weisungen ist im PSG nicht gegeben. Diese würde auch den Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 15 Abs 2 PSG und der auf wichtige Gründe zu beschränkenden Abberufbarkeit des Stiftungsvorstands zuwiderlaufen.

2.15. Noch in der Entscheidung vom 16.8.2007, 3 Ob 169/07k, hatte das Höchstgericht konstatiert: „*Diese Loslösung des Stifters*

⁴⁰ ErlRV zum § 27 Abs 1 PSG.

⁴¹ Siehe auch OLG Wien 10.10.2008, 28 R 187/08p.

⁴² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG¹ (2006) §§ 95 – 97 Rz 36.

⁴³ GesRZ 2008, 163 (N. Arnold).

von der Privatstiftung findet sich in der Praxis allerdings selten. Aufgrund der dem Stifter sehr weitgehend eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten bei der Einrichtung der Privatstiftung kann sich der Stifter schon in der Stiftungserklärung zahlreiche Rechte einräumen, auch klagbare und vererbliche Ansprüche.“ Auch in der OGH-Entscheidung vom 16.4.2009, 6 Ob 239/08b, wird festgehalten: „Ihre Grenze findet die Gestaltungsfreiheit bei der Einrichtung zusätzlicher Stiftungsorgane allerdings in Regelungen, durch die es zu einer Umgehung grundlegender Prinzipien des Stiftungsrechts käme, mit denen Rechte und Pflichten der in § 14 Abs 1 PSG genannten Organe derart verlagert würden, dass diese praktisch obsolet erschienen ... oder die einem anderen Organ zwingend zugewiesenen Aufgabenbereiche eingeschränkt werden.“

Erinnert sei auch an folgende Ausführungen der Gesetzesmaterialien: Die Privatstiftung weist „trotz ihrer Grundstruktur als eigentümerlose juristische Person eine Personenbezogenheit auf, die eine mehr oder weniger ausgeprägte Ähnlichkeit mit einer Beteiligungsstruktur hat“.

Es bleibt daher zu hoffen, dass die Aussagen des OGH in der E 6 Ob 42/09h nicht verallgemeinerungsfähig sind und in der weiteren Judikaturentwicklung eingeschränkt werden.

3. Die OGH-E 6 Ob 145/09f zur Besetzung des Stiftungsvorstands

3.1. In seiner Entscheidung vom 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, hat sich der OGH ausführlich mit den Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 15 Abs 2 und 3 PSG und den Abberufungsgründen des § 27 Abs 2 PSG auseinandergesetzt. In Übereinstimmung mit der hA hat das Höchstgericht dargelegt, dass die Unvereinbarkeitsgründe zwingendes Recht darstellen. Durch diese und die Abberufungsgründe soll die Objektivität des Stiftungsvorstands gewahrt werden, was zusätzlich auch dem Schutz allfälliger Gläubiger dient. Den grundsätzlichen Ausführungen des Höchstgerichts zum Wesen der Unvereinbarkeitsbestimmungen sowie der Abberufungsgründe ist mE beizupflichten. Diese stimmen mit der hA überein und fügen sich in ein Gesamtkonzept mit der bisherigen Judikatur. Nicht überzeugend sind aber mE die (unten noch näher dargestellten) weitergehenden Schlussfolgerungen des Höchstgerichts zu einer Erweiterung der Unvereinbarkeitsbestimmungen, zu Vollmachtsverhältnissen, Stimmverboten und den Auswirkungen auf die Privatstiftung. Die Schlussfolgerungen des Höchstgerichts führen zu überschießenden Ergebnissen.

3.2. Soweit dem wiedergegebenen Sachverhalt zu entnehmen, ging es im konkreten Fall um die Frage, ob der „Rechtsanwalt eines Begünstigten“ Mitglied des Stiftungsvorstands werden darf. Naturgemäß stehen Stifter und Stifterfamilien vor dem Problem, wem (in der Funktion als Stiftungsvorstand) die Verwaltung des Vermögens der Privatstiftung anvertraut werden soll. Es liegt auf der Hand, dass man bei derart weitgehenden Aufgaben auf Personen, die das Vertrauen der Beteiligten genießen, zurückgreift. Das Vertrauen erwirbt man aber üblicherweise nur durch eine längere Zusammenarbeit (in welchem Bereich auch immer) oder durch eine freundschaftliche Verbundenheit. Die Alternative hierzu wäre die Auswahl fremder Personen, über deren Vertrauenswürdigkeit man sich nur indirekt informieren könnte.

Das Höchstgericht führte aus, dass es die *ratio* der Unvereinbarkeitsbestimmung erfordere, die Unvereinbarkeit auch auf Vertreter der Begünstigten zu erstrecken, könnte doch andernfalls die Regelung des § 15 Abs 2 und 3 PSG leicht umgangen werden. Dies gelte jedenfalls für ein aufrechtes Vollmachtsverhältnis. IdZ

verweist der OGH darauf, dass ein Stimmrechtsausschluss auch auf den Vertreter des Betroffenen durchschlägt. Diesen Überlegungen ist mE nicht zu folgen. § 15 Abs 2 PSG schließt Begünstigte und nahe Angehörige von Begünstigten als Mitglieder des Stiftungsvorstands aus. Er umfasst aber gerade nicht Vertrauenspersonen von Begünstigten. Eine analoge über den genannten Personenkreis hinausgehende Erweiterung der ausgeschlossenen Personen ist mangels Regelungslücke nicht zulässig. Eine Umgehung wäre nur dann denkbar, wenn Begünstigte jemanden bevollmächtigen (und beauftragen), ein Mandat als Stiftungsvorstand in ihrem Vollmachtsnamen (dies entspricht eben dem Wesen der Vollmacht) – quasi als Strohmännchen der Begünstigten – zu übernehmen. Ein derartiges Vollmachtsverhältnis besteht bei üblichen Rechtsanwalts-, Notars- und Wirtschaftstreuhändervollmachten gerade nicht. Diese beziehen sich nämlich nicht auf die Tätigkeit als Stiftungsvorstand. Beim Amt des Stiftungsvorstands besteht das Rechtsverhältnis und der Entlohnungsanspruch zwischen dem Stiftungsvorstand und der Privatstiftung, nicht jedoch zwischen dem Stiftungsvorstand und den Begünstigten. Die Überlegungen zum Stimmrechtsausschluss können daher auch nicht auf den Stiftungsvorstand übertragen werden. Hier treten die Organpflichten und die Rechtsbeziehung zur Privatstiftung als eigenes Rechtsverhältnis dazwischen. Der Stiftungsvorstand ist – unabhängig davon, ob er von Begünstigten bestellt wird oder außerhalb ein losgelöstes Vollmachtsverhältnis besteht – in der Funktion als Stiftungsvorstand weder Beauftragter noch Vertreter der Begünstigten. Dass ein derartiger Ausschluss von Vertrauenspersonen von Begünstigten auch vom Gesetzgeber nicht gewünscht war, belegt § 15 Abs 3 PSG. Ist der Begünstigte keine natürliche Person, wird die Unvereinbarkeit auf bestimmte Gesellschafter erweitert. Der Gesetzgeber hat die Unvereinbarkeit aber weder auf alle Gesellschafter des Begünstigten erweitert, noch auf die Organe des Begünstigten. Von Strohmännchenkonstruktionen abgesehen ist § 15 Abs 2 PSG daher auch auf Vertrauenspersonen von Begünstigten (mögen diese auch über eine Vollmacht verfügen) nicht anwendbar.

3.3. Es geht daher nur mehr um die Frage, ob eine Interessens-kollision, die die Qualität eines Abberufungsgrundes nach § 27 Abs 2 PSG erreicht, vorliegt. Es bestehen mE keine Bedenken dagegen, dass ein Mitglied des Stiftungsvorstands, das über die Berufsbefugnis als Rechtsanwalt verfügt, einen Begünstigten bspw in einem Gerichtsverfahren über einen Verkehrsunfall vertritt. Es liegt auch keine standeswidrige Doppelvertretung vor. Bedenken in Bezug auf das Vorliegen einer Interessens-kollision können mE nur dann bestehen, wenn das Mitglied des Stiftungsvorstands von Begünstigten für die Vornahme von Rechtshandlungen im Stiftungsvorstand oder zur Beeinflussung derartiger Handlungen außerhalb fremdunübliche Sonderleistungen erhält. Es würde aber zu weit gehen, Personen, die in Geschäftsbeziehungen zu Begünstigten stehen, generell wegen dieser Geschäftsverbindung eine Interessens-kollision oder eine mangelnde Objektivität zu unterstellen.

3.4. Weiters führt das Höchstgericht aus, dass eine frühere (bereits abgeschlossene) Tätigkeit als Vertreter unschädlich sei, soweit nicht in besonderen Ausnahmefällen (etwa wegen des außergewöhnlichen Umfangs der Vertretung und des bezogenen Honorars) der Anschein entstehen könnte, der betreffende Organwalter sei bei der Ausübung seines Amtes als Mitglied des Stiftungsvorstands nicht mehr unvoreingenommen. Bei Entlohnungen ohne Zusammenhang mit dem Mandat als Stiftungsvorstand kann mE nur in extremen Ausnahmefällen von einer Nachwir-

kung ausgegangen werden. Ein Anschein iSd verfahrensrechtlichen Befangenheitsgründe ist nicht ausreichend. Vielmehr müssten iSd vom Höchstgericht geforderten Prognose hinreichende Gründe vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, das Mitglied des Stiftungsvorstands würde sein Amt nicht ordnungsgemäß wahrnehmen. Maßstab hierfür sind die Abberufungsgründe des § 27 Abs 2 PSG.

III. Auswirkungen auf die Praxis

1. Bestellung

1.1. In der Praxis werden und wurden Mitglieder des Stiftungsvorstands zu Lebzeiten der Stifter weit überwiegend von den Stiftern bestellt. Wiewohl hierfür keine statistischen Erhebungen vorliegen, ist davon auszugehen, dass Stifter bei Familienstiftungen in der Mehrzahl der Fälle Begünstigte oder zumindest nahe Angehörige von Begünstigten sind. Grob geschätzt ist von einigen tausenden Bestellungen durch begünstigte Stifter in den letzten Jahren auszugehen, die unbeanstandet in das Firmenbuch eingetragen wurden. Ebenso ist davon auszugehen, dass in der Mehrzahl der Fälle Vertrauenspersonen der Stifterfamilie (und damit der Begünstigten) in den Stiftungsvorstand bestellt wurden.

1.2. Vor besondere Probleme stellt die Praxis die Unterscheidung zwischen Bestellungs- und Abberufungsrechten in der E 6 Ob 42/09h („nur ein Bestellungsrecht oder“). Sollte damit tatsächlich gemeint sein, dass eine Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands durch Begünstigte (und nahe Angehörige von Begünstigten) unzulässig sei, gilt dies auch für Stifter, sofern sie Begünstigte oder nahe Angehörige von Begünstigten sind, und zwar unabhängig davon, ob sie Mitglied eines Beirats oder „nur“ Stifter sind. Ebenso keine Rolle würde es dabei spielen, ob sich der Stifter (wie im konkreten Fall) die Änderung oder den Widerruf der Privatstiftung vorbehalten hat. Ein Teil der Lehre⁴⁴ und der Firmenbuchpraxis liest diese Entscheidung allerdings nicht dahingehend, dass eine Bestellung und eine auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 PSG beschränkte Abberufung durch Begünstigte und nahe Angehörige von Begünstigten unzulässig sei. Von den Formulierungen her besteht zumindest bei der Bestellung tatsächlich Hoffnung, dass die Formulierung der Entscheidung ungewollt streng ausgefallen ist.

1.3. Fraglich ist das Schicksal der im Firmenbuch eingetragenen und möglicherweise (je nach Auslegung) nach Ansicht des Höchstgerichts in unzulässiger Weise bestellten Mitglieder von Stiftungsvorständen. Dritte sind durch § 15 UGB geschützt. Darüber hinaus bietet sich eine Analogie zu § 17 Abs 3 GmbHG an. Für interne Entscheidungsfindungen und die nicht von § 15 UGB (bzw § 17 Abs 3 GmbHG) umfassten Bereiche hilft diese Regelung nicht. Selbst wenn man die Ausführungen des Höchstgerichts dahingehend verstehen müsste, dass eine Bestellung durch Begünstigte unzulässig sei, liegt mE aber keine unwirksame (nichtige) Bestellung vor. Wie bei sonstigen Bestellungsfehlern ist von einer wirksamen Bestellung auszugehen, wenn die Bestellung der betreffenden Person gegenüber erklärt wurde und diese in ihrer Organfunktion tätig wurde.⁴⁵ Die Bestellung erfolgte nicht durch ein Nicht-Organ, sondern von der zuständigen Stelle. Die Bestellung wäre auch zulässig, wenn die betreffende Person bspw auf die Begünstigtenstellung verzichtet. Die bestellende Person bzw das bestellende Gremium ist daher auch nicht *per se* unzuständig (sondern gegebenenfalls nur nicht richtig be-

setzt). Für bereits bestellte und in das Firmenbuch eingetragene Mitglieder des Stiftungsvorstands besteht daher auch aus Sicht des Firmenbuchgerichts mE kein Handlungsbedarf.

Ein besonderes Problem für die Praxis ergibt sich auch daraus, dass Änderungen der Stiftungserklärung (abgesehen von der eingeschränkten Änderungsbefugnis des Stiftungsvorstands) nur zu Lebzeiten der Stifter (soweit diese sich die Änderung vorbehalten haben) vorgenommen werden können. Fraglich ist aber, ob und welche Änderungen bei der Bestellung zu veranlassen sind. Da die OGH-E 6 Ob 42/09h von der als Basis herangezogenen E 6 Ob 39/97x abweicht, besteht begründeter Anlass zur Hoffnung, dass Stiftern und Stifterfamilien das Bestellungsrecht von der Judikatur in weiterer Folge doch noch zugebilligt wird.

Führen Stifter keine Änderung der Stiftungserklärung durch, könnten nachfolgende Generationen – etwa im Fall des Ablebens eines Stifters – mit einer unwirksamen Regelung konfrontiert sein. Vollziehen sie in Reaktion auf die Entscheidung eine von ihnen inhaltlich nicht gewünschte Änderung, könnte umgekehrt eine Rückanpassung (wiederum etwa im Fall des Ablebens eines Stifters) unmöglich werden. Mehrstufige Gestaltungen werden dadurch erschwert, dass das Höchstgericht die Formulierung „soweit rechtlich zulässig“ (die eben für derartige mehrstufige Gestaltungen gedacht ist) dann, wenn kein Anwendungsfall mehr für diese verbleibt, als unzulässig angesehen hat.⁴⁶

1.4. Gerade für Familienstiftungen stellt sich das Problem, wer die für die Führung der Geschäfte geeigneten Personen auswählen soll. Dies hat gegebenenfalls auch wiederum Auswirkungen auf Unternehmen, an denen diese Privatstiftungen beteiligt sind. Die Gesellschafterstruktur von vielen für die österreichische Wirtschaft ganz wesentlichen Unternehmen (so zB rund die Hälfte der im ATX gelisteten Unternehmen und bedeutende Familienbetriebe)⁴⁷ setzt sich mehrheitlich aus Privatstiftungen zusammen. Die Auswahl der Mitglieder des Stiftungsvorstands hat wiederum Auswirkungen auf die Auswahl der Personen in den Organen der Beteiligungsunternehmen. Begünstigte und nahe Angehörige von Begünstigten, dh gegebenenfalls auch Stifter und deren Familienangehörige, scheiden aufgrund der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs 2 PSG für ein Mandat als Stiftungsvorstand aus. Durch die Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands durch Stifter oder Stifterfamilien konnte nach der bisherigen Praxis aber eine Kontinuität der Unternehmensführung und der Einfluss der wirtschaftlich aufgrund der Begünstigtenstellung am Unternehmenserfolg zumindest indirekt Interessierten sichergestellt werden. Andere Personen als Mitglieder der Unternehmerfamilien verfügen außerdem zumeist gar nicht über die Fachkenntnis, um geeignete Führungspersönlichkeiten für die betroffene Branche auswählen zu können.

Müller hat treffend formuliert: „Gerade die Auswahl des Stiftungsvorstands ... war und ist für viele Stifter ein wesentliches Kriterium bei der Entscheidung, eine Stiftung zu errichten. Nimmt man den Stiftern – an den Bedürfnissen der Praxis vorbei – dieses Recht, wird die Stiftung an Attraktivität verlieren.“⁴⁸ Eine Klärung ist daher dringend geboten. In der Praxis werden zahlreiche Stiftungserrichtungen und Vermögensübertragungen nach Österreich aufgrund des aktuell gegebenen Unsicherheitspotenzials zurückgestellt. Es bleibt zu hoffen, dass hier entweder der Gesetzgeber (wie bereits im Rahmen des KMOG ursprünglich geplant) klarstellend eingreift oder dass die Judikatur zumindest die

⁴⁴ Vgl nur *Kalss*, PSR 2009, Heft 2 (in Druck).

⁴⁵ Zum Vorstand der AG *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/264.

⁴⁶ OGH 13.3.2008, 6 Ob 49/07k.

⁴⁷ So nennt eine APA-Meldung vom 18.10.2009 etwa Strabag, Andritz, Mayr-Melnhof, Zumtobel, Intercell, Rauch, Red Bull, Swarovski und Umdasch.

⁴⁸ Müller, Der Standard vom 7.10.2009.

Differenzierung zwischen Bestellung und Abberufung glättet und eine Bestellung durch Stifter und Begünstigte ausdrücklich für zulässig erklärt.

Als nicht gleichwertige Notlösungen bietet sich die Bestellung durch einen nicht mehrheitlich mit Begünstigten oder nahen Angehörigen von Begünstigten besetzten Beirat an. Dies führt freilich zu einer Vervielfachung der beizuziehenden familienfremden Personen. Alternativ könnte eine Selbstergänzung des Stiftungsvorstands vorgesehen werden. Da bei einer Selbstergänzung eine Eigendynamik droht, ist diese häufig nicht gewünscht. Zulässig müsste es mE aber jedenfalls sein, wenn man die Selbstergänzung durch ein bindendes Vorschlagsrecht (etwa einen bindenden Dreivorschlag) einschränkt. Ein derartiger Vorschlag könnte auch von Begünstigten stammen. Möchte der Stiftungsvorstand von diesem Vorschlag abweichen, könnte subsidiär die gerichtliche Zuständigkeit zur Anwendung kommen. Allenfalls kann man diese auch mit einem – diesfalls aber unverbindlichen – Vorschlagsrecht kombinieren. Die bei all diesen Konstellationen aber stets denkbare Variante, dass Fremde, die sich mit den Unternehmensvisionen der Unternehmerfamilie nicht identifizieren, bestellt werden, kann aber nicht ausgeschlossen werden und verdeutlicht das Dilemma.

1.5. Die Prüfungspflichten des Firmenbuchgerichts sind zwar stark eingeschränkt.⁴⁹ Da die Reichweite der OGH-Entscheidung in der Firmenbuchpraxis – soweit ersichtlich – unterschiedlich beurteilt wird, sind auch die Anforderungen, die die Firmenbuchgerichte an die Bestellung stellen, unterschiedlich.

2. Vertrauenspersonen der Begünstigten

2.1. In der OGH-Entscheidung vom 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, nimmt das Höchstgericht einerseits auf die Unvereinbarkeitsbestimmungen (eine Verletzung derselben würde ein absolutes Bestellungshindernis darstellen) und andererseits auf die Abberufungsgründe des § 27 Abs 2 PSG (diese stellen „nur“ einen Abberufungsgrund dar) Bezug. Da das Höchstgericht aber vorrangig auf die Interessenskollision abstellt (und eine Erweiterung des Kreises der unmittelbar von § 15 Abs 2 und 3 PSG umfassten Personen nicht geboten ist), liegt mE auch unter Zugrundelegung der Rechtsansicht des Höchstgerichts kein absolutes Bestellungshindernis vor. Das betroffene Mitglied des Stiftungsvorstands bleibt daher so lange im Amt, bis es abberufen wird. In der Praxis besteht aber erhebliches Unsicherheitspotenzial.

2.2. Aus der Sicht des Firmenbuchgerichts besteht vorerst kein Handlungsbedarf. Auch in diesem Bereich sind die Prüfungspflichten des Firmenbuchgerichts stark eingeschränkt.

3. Abberufung

3.1. Ist eine Abberufung eines Mitglieds des Stiftungsvorstands durch Begünstigte (oder nahe Angehörige von Begünstigten) erfolgt und liest man die OGH-Entscheidung dahingehend, dass dies unzulässig sei, ändert dies mE nichts an der Abberufung. Nach § 75 Abs 4 Satz 4 AktG ist die Abberufung eines Mitglieds des Vorstands der AG so lange wirksam, solange nicht über seine Unwirksamkeit rechtskräftig entschieden wird. Eine analoge Anwendung ist mE geboten,⁵⁰ da insoweit eine planwidrige Lücke vorliegt.⁵¹ Vermeint ein Mitglied des Stiftungsvorstands, zu Un-

recht abberufen worden zu sein, steht ihm die Feststellungsklage offen.⁵²

3.2. In der Firmenbuchpraxis wird eine Grobprüfung auf die Plausibilität der Abberufung vorzunehmen sein.⁵³ Eine Nachprüfungspflicht für bereits erfolgte Eintragungen besteht hingegen grundsätzlich nicht.⁵⁴

3.3. Auch in diesem Bereich stehen Stifter wiederum vor dem Problem, ob und inwieweit sie eine Änderung der Stiftungserklärung vornehmen können oder müssen. Die gerichtliche Abberufung (§ 27 Abs 2 PSG) stellt aufgrund der mit ihr verbundenen Verfahrensdauer üblicherweise keine taugliche Alternative dar. Zu erwägen ist es, eine Selbstabberufung des Stiftungsvorstands (etwa dahingehend, dass ein Mitglied des Stiftungsvorstands bei Vorliegen wichtiger Gründe durch die übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands mit einstimmigem Beschluss abberufen werden kann, wobei mindestens zwei Mitglieder mitstimmen müssen) aufzunehmen. Nach dem Wortlaut der OGH-E 6 Ob 42/09h dürfe diese allerdings nicht an die Zustimmung von Begünstigten gebunden werden. Ebenso könnte die Abberufung einem nicht mehrheitlich mit Begünstigten (oder nahen Angehörigen von Begünstigten) besetzten Beirat übertragen werden. Auch in diesem Fall wäre sie aber auf wichtige Gründe zu beschränken.

4. Beiratsbeschlüsse

4.1. Geht man mit dem OGH davon aus, dass aufsichtsratsähnliche Beiräte nicht mehrheitlich mit Begünstigten (oder nahen Angehörigen von Begünstigten) besetzt sein dürfen, stellt sich die Frage des Schicksals der von dennoch derart besetzten Beiräten bereits gefassten Zustimmungsbeschlüsse.

Die Wertungen sind hier grundsätzlich mit denen zur fehlerhaften Aufsichtsratsbesetzung ident.

4.2. Da der Stiftungsvorstand mit der hA eine vertretbare Rechtsansicht vertreten hat, kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er sich die Zustimmung eines möglicherweise nicht ordnungsgemäß besetzten Gremiums geben hat lassen.

4.3. Bei der Besetzung eines Aufsichtsrats mit einer Mehrheit von Begünstigten (oder nahen Angehörigen von Begünstigten) handelt es sich lediglich um ein schlichtes Bestellungshindernis, nicht aber um ein absolutes Bestellungsverbot.⁵⁵ Überträgt man diese Überlegungen mit der OGH-E 6 Ob 42/09h auf Beiräte, wären die „zu viel bestellten“ begünstigten Beiratsmitglieder daher abberufen. Die Mitgliedschaft eines Begünstigten im Beirat ist *per se* nicht unwirksam. Besteht daher keine Einigkeit darüber, wer abberufen werden soll, wird die Auswahl möglicherweise vom Gericht zu treffen sein.

4.4. Aufgabenbereiche wie Zustimmungsrechte sowie die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands können dem Beirat grundsätzlich übertragen werden. Regelungen der Stiftungserklärung, die dem Beirat diese Aufgaben zuweisen, sind daher für sich nicht unwirksam; vielmehr liegt der Mangel bei Zugrundelegung der OGH-Ansicht in der Besetzung des Beirats.

Etwas anderes gilt allerdings, wenn in der Stiftungserklärung vorgesehen ist, dass nur Begünstigte Mitglieder des Beirats sein können. ME kann man diese Einschränkung auf die zur Aus-

⁴⁹ Zur Abberufung aus wichtigem Grund OGH 16.2.2006, 6 Ob 178/05b.

⁵⁰ Vgl auch *Csoklich*, ZfS 2005, 19 f.

⁵¹ *N. Arnold*, PSG², § 15 Rz 123.

⁵² *N. Arnold*, PSG², § 15 Rz 123; OGH 16.2.2006, 6 Ob 178/05b.

⁵³ Einschränkung OGH 16.2.2006, 6 Ob 178/05b.

⁵⁴ Auf Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit abstellend *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG (2005) § 10 Rz 15.

⁵⁵ *N. Arnold*, PSG², § 23 Rz 31.

wahl stehenden Personen nicht wegdenken. Daher sind die Zuständigkeitsbereiche auf das nach der Judikatur zulässige Maß einzuschränken; zustimmungspflichtige Geschäfte würden diesfalls als nicht zustimmungspflichtig gelten; Bestellungs- und Abberufungsrechte als nicht eingeräumt.

4.5. Unter Zugrundelegung der Ansicht des OGH wird der Beirat jedenfalls aufsichtsratsähnlich, wenn man ihm Zustimmungsrechte einräumt. Als Alternative bieten sich die vom Höchstgericht für zulässig erachteten (eingeschränkten) Weisungsrechte an. Da Weisungsrechte von der Eingriffsintensität über Zustimmungsrechte zu stellen sind, ist hier mE Vorsicht geboten, da die Zulässigkeit derartiger Gestaltungen fraglich ist. Jedenfalls zulässig sind Anhörungsrechte. Wandelt man die Zustimmungsrechte in Anhörungsrechte um, hätte man eine Einbindung des Beirats in den Entscheidungsprozess sichergestellt. Dies birgt allerdings das Risiko in sich, dass der Beirat bei einer derartigen Abschwächung seiner Aufgabenbereiche aufgrund des materiellen Organbegriffs des PSG die Organeigenschaft und damit die Rechte eines Organs verlieren könnte.

5. Änderung der Stiftungserklärung

5.1. Haben sich die Stifter eine Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten, können sie die durch die Judikatur erforderlichen Anpassungen vornehmen (soweit sie sich im Klaren darüber sind, wie die Judikatur umzusetzen ist).

5.2. Nach der Judikatur nunmehr offenbar unzulässige Gestaltungen könnten bei Stiftermehrheit zu einem wechselseitigen Anspruch auf Änderung führen.⁵⁶ Fraglich ist, ob auch der Stiftungsvorstand über eine Änderung der Stiftungserklärung nach § 33 Abs 2 PSG mit Zustimmung des Gerichts eine entsprechende Anpassung herbeiführen kann. Ziel der subsidiären Änderungsbefugnis des Stiftungsvorstands ist es, die Funktionsfähigkeit der Privatstiftung aufrechtzuerhalten. Sollte die OGH-E 6 Ob 42/09h tatsächlich mit den aufgezeigten Konsequenzen zu verstehen sein, stellt dies wesentlich geänderte Verhältnisse dar, die die Funktionsfähigkeit der Stiftung gefährden können. Hat der Stiftungsvorstand verschiedene Varianten zur Wahl, wie er auf die geänderten Verhältnisse reagiert, hat er diejenige zu wählen, die am ehesten den bereits bisher vorgegebenen Strukturen entspricht und zu einer möglichst geringfügigen Änderung führt.⁵⁷ Es kann dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden, dass er dem Stiftungsvorstand ein Instrumentarium geben hätte wollen, durch das er sich selbst der Kontrolle entziehen oder andere Begünstigte einsetzen könnte.⁵⁸ Die konkret zulässige Gestaltung einer Änderung kann daher nur im Einzelfall gefunden werden.

⁵⁶ Zur Verschiebung einer Regelung von der Stiftungszusatzurkunde in die Stiftungsurkunde und der diesbezüglich zwischen den Stiftern bestehenden Treuepflicht siehe OGH 9.3.2006, 6 Ob 166/05p, JBl 2006, 521 (H. Torggler); N. Arnold, PSG², § 14 Rz 24, § 3 Rz 54 ff.

⁵⁷ N. Arnold, PSG², § 33 Rz 29.

⁵⁸ Vgl auch K. Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, § 33 Rz 13.

VERMÖGENS- UND HAFTUNGSFRAGEN DER GESBR

Aus dem Inhalt:

- Grundlagen der GesBR
- Rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten – Verträge der GesBR
- Gesetzliche Verbindlichkeiten
- Einfluss des Gesellschafterwechsels auf die Gesellschafterhaftung
- Auflösung der Gesellschaft
- Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen
- Ausblicke für die GesBR

Dr. Tanja Hofmann

ist in einer der erfolgreichsten österreichischen Bankholdings im Bereich Finanzierung/Kapitalmarkt tätig. Davor war sie Assistentin am Institut für Bürgerliches Recht, Handels- und Wertpapierrecht der Wirtschaftsuniversität Wien und arbeitete im Vorstandsbereich eines großen Kreditinstitutes.



Hofmann
2008, 168 Seiten, kart.
ISBN 978-3-7073-1147-1
EUR 38,-