

MMag. Dr. Gerhard HOCHEDLINGER, E.M.L.E., Rechtsanwalt, Wien

## Privatstiftungen im Lichte des EKEG

**Über das neue EKEG ist schon viel geschrieben worden. Im Zusammenhang mit der Eigenkapitalersatzproblematik im Konzern wurde dabei zuweilen betont, dass „die bisherige Praxis von Kreditinstituten, zur Vermeidung einer mittelbaren oder unmittelbaren Gesellschafterstellung bei der Kredit nehmenden Gesellschaft Privatstiftungen zwischenschalten“, mit dem EKEG nun erfolgreich unterbunden wurde.<sup>1)</sup> Ob dem tatsächlich so ist, soll im folgenden Beitrag untersucht werden.**

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Privatstiftung als „erfasste Gesellschaft“?
- III. Die Privatstiftung als „erfasster Gesellschafter“?
- IV. Die „zwischenengeschaltete“ Privatstiftung
  1. Die Bestimmung des § 8 Z 1 EKEG
    - 1.1. Die „kontrollierte“ Privatstiftung aus eigenkapitalersatzrechtlicher Sicht
      - 1.1.1. Das Recht, Vorstands- oder Beiratsmitglieder zu bestellen oder abzuberufen
      - 1.1.2. Der Kreditgeber im Stiftungsvorstand
      - 1.1.3. Weisungen an den Stiftungsvorstand
    - 1.2. Das Änderungs- und Widerrufsrecht nach §§ 33 und 34 PSG
  2. Die Bestimmungen des § 8 Z 2 und 3 EKEG
- V. Conclusio

### I. Einleitung

Wie insb *Schmidberger* mehrfach dargelegt hat, stellt die Behandlung von Konzernsachverhalten einen der spannendsten und zugleich auch schwierigsten Bereiche des Eigenkapitalersatzrechtes dar.<sup>2)</sup> Für zusätzliche Komplexität der ohnehin nicht einfachen Materie sorgt die Rechtsform der Privatstiftung, zumal das Eigenkapitalersatzrecht vor allem von der Idee der „Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter eines Unternehmens“ geprägt ist,<sup>3)</sup> eine Gesellschafterstellung bei der eigentümer- und mitgliederlosen Privatstiftung aber nicht möglich ist.<sup>4)</sup> Nichts wäre also für einen Gesellschafter einer vom EKEG erfassten Gesellschaft nahe liegender als vor einer Kreditgewährung an eben diese Gesellschaft deren Anteile an eine Privatstiftung „auszugliedern“, um sich so den Regeln des Eigenkapitalersatzrechtes zu entziehen. Für den Fall, dass diese Stiftung vom vormaligen Gesellschafter und nunmehrigen Kreditgeber „kontrolliert“ wird, wurde nun bald die Frage aufgeworfen, ob es nicht angebracht wäre, die von der Stiftung an der Kredit nehmenden Gesellschaft gehaltenen Anteile nach wie vor dem Kreditgeber zuzurechnen.<sup>5)</sup>

Jedenfalls gesetzlich nicht geregelt war diese Frage vor der Erlassung des EKEG. Weil dieses kürzlich in Kraft getretene Gesetz<sup>6)</sup> mit dem Anspruch erlassen wurde, Rechtssicherheit auf dem Gebiet des Eigenkapitalersatzrechtes zu schaffen,<sup>7)</sup> insb aber weil der Gesetzgeber – wie ein Blick in die Gesetzesmaterialien erhellt<sup>8)</sup> – auch die eben skiz-

zierte Problematik „zwischenengeschalteter Privatstiftungen“ im Gesetzwerdungsprozess ausdrücklich bedacht hat,<sup>9)</sup> sollte man nun glauben, dass Unklarheiten im Zusammenhang mit Privatstiftungen der Vergangenheit angehören. Dass dem leider nicht so ist, der Kern des Problems jedoch weniger im Eigenkapitalersatzrecht als vielmehr im Stiftungsrecht liegt, sei im Folgenden – nach einigen kurzen allgemeinen Ausführungen zur „Schnittstelle Privatstiftung/Eigenkapitalersatz“ – aufgezeigt.

### II. Die Privatstiftung als „erfasste Gesellschaft“?

Das EKEG definiert in §§ 4 und 5 seinen Anwendungsbereich („erfasste Gesellschaften“ bzw „erfasste Gesellschafter“).<sup>10)</sup> Vom EKEG „erfasste Gesellschaften“ sind Kapitalgesellschaften, Genossenschaften mit beschränkter Haftung sowie Personengesellschaften ohne zumindest einer natürlichen Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter. Ausgeklammert bleiben demnach insb Vereine<sup>11)</sup> und Privatstiftungen.

<sup>1)</sup> Vgl zB *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht, 75.

<sup>2)</sup> Vgl zB *Schmidberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern – derzeitige Rechtslage und künftiges EKEG, GeS 2002, 9.

<sup>3)</sup> Vgl hierzu insb *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht, 16.

<sup>4)</sup> Vgl hierzu – für viele – *N. Arnold*, PSG-Komm, § 1 Rz 8 f mwN.

<sup>5)</sup> Vgl *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen, 88: „Der spätere Darlehensgeber hat die Anteile an der darlehensnehmenden Gesellschaft in eine Stiftung eingebracht bzw diese erst ‚über die Stiftung‘ erworben. Hier stellt sich nun die Frage, ob der Darlehensgeber noch als ‚mittelbarer Gesellschafter‘ angesehen werden kann oder ob die Zurechnung durch die dazwischengeschaltete Stiftung unterbrochen wird.“

<sup>6)</sup> Näher hierzu *C. Nowotny*, Wann tritt das Eigenkapitalersatzrecht in Kraft? RdW 2004/3.

<sup>7)</sup> So zB *Höller*, Ausgewählte Fragen des Eigenkapitalersatzgesetzes, RWZ 2004/18; *Reich-Rohrwig*, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, eolex 2004, 106.

<sup>8)</sup> Vgl EBRV zu § 8 EKEG.

<sup>9)</sup> Vgl hierzu zB *Fellner/Mutz*, aaO, 85; *Schopper/Vogt*, aaO, 167.

<sup>10)</sup> Eingehend zu den §§ 4 und 5 EKEG *Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz, 105 ff; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht, 60 ff; *Fellner/Mutz*, Eigenkapitalersatz-Gesetz, 67 ff; *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz, 46 ff.

<sup>11)</sup> Zur Frage, ob nach der Rechtslage vor dem EKEG Vereine von den Grundsätzen des Eigenkapitalersatzrechtes erfasst waren, überblicksartig *Karollus-Bruner/Zehetner*, Eigenkapitalersatzrecht im Lichte der Rechtsprechung, eolex 2001, 180 mwN. Ausführlich hierzu *Saria*, Einlagenrückgewähr und Eigenkapitalersatz beim Verein, RdW 1999, 705; *Saria/Wagner*, Verein und Eigenkapitalersatz, eolex 1999/31; *Thiele*, Erstmals: OGH zum Eigenkapitalersatz beim insolventen Verein, ZIK 1999, 50.

Letzteres wird von *Zehetner/Bauer* als „nicht ohne weiteres einsichtig“ kritisiert, zumal es auch bei Privatstiftungen mangels unbeschränkter Haftung einer natürlichen Person zur Verlagerung von finanziellen Schwierigkeiten auf eine juristische Person zu Lasten Dritter kommen könne und genau diesem Phänomen das EKEG einen Riegel vorschieben wollte.<sup>12)</sup> Hierzu könnte nun – wie eingangs bereits erörtert – entgegnet werden, dass eine Stiftung nach dem PSG ein eigentümerloses Gebilde darstellt und daher eine „Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter“ von vornherein ausscheidet. Weil aber nicht ausschließlich Anteilseigner vom Eigenkapitalersatzrecht erfasst sind<sup>13)</sup> – insb die Bestimmung des § 5 Abs 1 Z 3 EKEG setzt nunmehr ausdrücklich keine Gesellschafterstellung voraus<sup>14)</sup> –, ist es vielmehr ein grundsätzliches, zum Teil rechtspolitisches Argument, das der Kritik von *Zehetner/Bauer* entgegengehalten werden muss: Das Eigenkapitalersatzrecht wird als Instrument des Gläubigerschutzes verstanden.<sup>15)</sup> Der Gesetzgeber hat aber bei der Schaffung des PSG – vor dem Hintergrund des Verbots der Ausübung einer gewerblichen Haupttätigkeit durch die Stiftung<sup>16)</sup> – Gläubigerschutzvorschriften bei Privatstiftungen bewusst „auf ein Minimum beschränkt“.<sup>17)</sup> Mit der Ausschüttungssperre nach § 17 Abs 2 PSG sollte – neben einer allfälligen Haftung der Stiftungsorgane – das Auslangen gefunden werden. Die dem Kapitalgesellschaftsrecht entstammenden Kapitalerhaltungspflichten sind dem Privatstiftungsrecht jedenfalls fremd.<sup>18)</sup> Es wäre also ein Wertungswiderspruch, würde man bei Privatstiftungen einerseits einen besonderen institutionellen Gläubigerschutz für entbehrlich halten, gleichzeitig aber diese Rechtsform dem Eigenkapitalersatzrecht unterwerfen. Privatstiftungen als Kreditnehmer wurden daher mE zu Recht vom Anwendungsbereich des EKEG ausgenommen.

### III. Die Privatstiftung als „erfasster Gesellschafter“

Weil § 5 EKEG bei den von § 1 EKEG erfassten Kredit gewährenden Gesellschaftern nicht zwischen Rechtsträgern differenziert – insb werden natürliche ebenso wie juristische Personen gleich behandelt –, ist es sehr wohl denkbar, dass Privatstiftungen mit dem EKEG als so genannte „erfasste Gesellschafter“<sup>19)</sup> in Berührung kommen. Wenn also eine Privatstiftung an einer Gesellschaft (iSv § 4 EKEG) kontrollierend (§ 5 Abs 1 Z 1 iVm § 5 Abs 2 leg cit) oder unternehmerisch (iSv § 5 Abs 1 Z 2 leg cit) beteiligt ist oder eine Gesellschaft unabhängig vom Vorliegen einer Beteiligung faktisch beherrscht (§ 5 Abs 1 Z 3 leg cit), gilt ein Kredit, den die Stiftung dem betreffenden Unternehmen in der Krise gewährt,<sup>20)</sup> bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des EKEG als Eigenkapital ersetzend.

Gleiches gilt bei einer drei- oder mehrstöckigen Konstruktion im Sinne einer Kreditgewährung von der Großmutter an die Enkelgesellschaft. Während eine Privatstiftung auch hier auf unterster Stufe als Kreditnehmerin vom EKEG „unbehelligt“ bleibt, gilt etwa eine Stiftung, die ih-

rer – durchgerechnet – 100%igen Enkelgesellschaft einen Kredit gewährt, als vom EKEG erfasste Gesellschafterin, zumal nach § 8 EKEG – in concreto wäre jedenfalls der Tatbestand des § 8 Z 2 EKEG erfüllt – eine mittelbare „Kontrolle“ über die Kreditnehmerin ausreicht.<sup>21)</sup>

Wie aber ist der Fall zu beurteilen, in dem die Stiftung in der Mitte der dreistufigen Unternehmenskonstruktion steht („Zwischenschaltung einer Privatstiftung“)?

## IV. Die „zwischenengeschaltete“ Privatstiftung

### 1. Die Bestimmung des § 8 Z 1 EKEG

Nach den EBRV zu § 8 EKEG wird eine Kreditgeberin auch dann als vom EKEG erfasste Gesellschafterin der Kreditnehmerin angesehen, „wenn sie diese – vermittelt durch eine oder mehrere Tochtergesellschaften [sic!] – kontrolliert,“ wobei hierfür der Maßstab des § 5 Abs 2 EKEG Anwendung finden soll. Um alle möglichen zwischenengeschalteten Rechtsträger – demnach also nicht nur „Tochtergesellschaften“, sondern vor allem auch Privatstiftungen – zu erfassen, gilt nach § 8 Z 1 EKEG nicht nur derjenige Kreditgeber als Gesellschafter, der „Anteilsrechte“ an einem den Kreditnehmer kontrollierenden Rechtsträger hat, sondern auch derjenige, der über „sonstige Rechte“ an einem anderen Rechtsträger als der Kreditnehmenden Gesellschaft verfügt, die mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf die Kreditnehmerin ermöglichen (mittelbar kontrollierende Beteiligung).<sup>22)</sup> Hält also

<sup>12)</sup> *Zehetner/Bauer*, aaO, 63.

<sup>13)</sup> Vgl hierzu zB *Jabornegg*, Gesellschafterähnlichkeit im Eigenkapitalersatzrecht, in: *Achatz/Jabornegg/Karollus*, Eigenkapitalersatz im Gesellschafts-, Steuer- und Arbeitsrecht, 16.

<sup>14)</sup> Vgl hierzu EBRV zu § 5 EKEG: „... Der Entwurf stellt erfassten Gesellschaftern in Abs 1 Z 3 auch – unabhängig von ihrer Beteiligung – Personen gleich, die einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben.“ Zudem darf nicht übersehen werden, dass im Rahmen der der Stiftung gestatteten Nebentätigkeit eine Kaufmannseigenschaft der Privatstiftung (vgl hierzu *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in: *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum PSG, 25) und damit auch eine Beteiligung eines stillen Gesellschafters iSv § 10 EKEG an diesem „Nebengewerbe“ denkbar ist (*Zehetner/Bauer*, aaO, 63 f; *D. C. Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument, 107).

<sup>15)</sup> Vgl zB *Dellinger*, Ministerialentwurf zum EKEG – Grundlagen und Überblick, *ecolex* 2002, 317 mwN; *Harrer*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht, *WBI* 2004, 201.

<sup>16)</sup> Vgl hierzu zB *N. Arnold*, PSG-Komm., § 1 Rz 17; *Kalss* in: *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG, § 1 Rz 50 ff; *Krejci*, Die Aktiengesellschaft als Stifter, 20 f.

<sup>17)</sup> Vgl *Cerha*, Einrichtung eines Beirates oder Aufsichtsrates bei der Privatstiftung, *ecolex* 2002, 644.

<sup>18)</sup> Ausf hierzu *Karollus*, Gläubigerschutz bei der Privatstiftung, in: *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis, 37. Ebenso *Krejci*, Das künftige Privatstiftungsrecht weist noch Mängel auf, *RdW* 1993, 137; *Bollenberger/Csoklich*, Kreditaufnahme und Sicherheitenbestellung durch Privatstiftungen, *ÖBA* 2001, 435; *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in: *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum PSG, 20.

<sup>19)</sup> Zur diesbezüglich zuweilen etwas befremdlichen Terminologie des EKEG vgl vor allem *Zehetner/Bauer*, aaO, 64.

<sup>20)</sup> Allgemein zur Kreditgewährung durch Privatstiftungen *Bollenberger/Csoklich*, *ÖBA* 2001, 435.

<sup>21)</sup> Ausführlich zu § 8 EKEG zB *Schopper/Vogt*, aaO 163 ff.

<sup>22)</sup> Vgl EBRV zu § 8 EKEG.

eine Privatstiftung eine kontrollierende Beteiligung an der Kreditnehmergesellschaft und besitzt der Kreditgeber Rechte an der Privatstiftung, die eine Kontrolle über diese zumindest dahingehend ermöglichen, dass der Kreditgeber auf die Kredit nehmende Gesellschaft beherrschenden Einfluss auszuüben imstande ist, so gilt ein vom der Kreditgeber der Kredit nehmenden Gesellschaft gewährtes Darlehen als Eigenkapital ersetzend.<sup>23)</sup>

Indem § 8 Z 1 EKEG ausdrücklich „(sonstige) Rechte“ an einem Rechtsträger anspricht, wird der Anwendungsbereich des EKEG im Vergleich zu § 5 Abs 1 Z 3 EKEG erweitert. Nach letzterer Bestimmung gelten auch Nichtgesellschaftler als vom EKEG erfasst, wenn diese – faktisch – auf welche Weise immer (dh etwa auch durch „Zwischenschaltung einer Privatstiftung“) wie ein Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, beherrschenden Einfluss auf die Kredit nehmende Gesellschaft ausüben. Weil sich aus dem Wortlaut des § 5 Abs 1 Z 3 EKEG ergibt, dass die betreffende Person die Beherrschung der Kredit nehmenden Gesellschaft auch de facto ausüben muss, mithin eine bloße Möglichkeit der Einflussnahme nicht ausreicht,<sup>24)</sup> verbleibt für § 8 Z 1 leg cit im Hinblick auf Privatstiftungen nun derjenige Anwendungsbereich, in dem die Kredit nehmende Gesellschaft zwar nicht vom Kreditgeber über eine Stiftung faktisch beherrscht wird, jedoch zum einen die Stiftung kontrollierend (iSv § 5 Abs 2 leg cit) an der Kreditnehmerin beteiligt ist und zum anderen dem Kreditgeber *Rechte* eingeräumt wurden, die diesem ermöglichen, die Stiftung iSv § 5 Abs 2 EKEG zu kontrollieren.<sup>25)</sup>

Im Ministerialentwurf 2002<sup>26)</sup> war im Übrigen noch nicht von „sonstigen Rechten an einem anderen Rechtsträger“ die Rede. Diese Wendung wurde vielmehr mit dem ausdrücklichen Ziel, die Umgehung des EKEG durch das Dazwischenschalten von Privatstiftungen zu verhindern,<sup>27)</sup> erst „nachträglich“ in den Wortlaut des § 8 EKEG aufgenommen.<sup>28)</sup>

### 1.1. Die „kontrollierte“ Privatstiftung aus eigenkapitalersatzrechtlicher Sicht

*Schopper/Vogt* führen zur Frage, wie denn nun im Einzelnen das Verhältnis des Kreditgebers zur Privatstiftung ausgestaltet sein muss, damit von einer Kontrolle der Privatstiftung durch den Kreditgeber ausgegangen werden kann, aus, dass die Antwort nur in einer auf den Einzelfall abstellenden Beurteilung liegen kann, die im Wesentlichen „von der Ausgestaltung der Stiftungsurkunde oder der -zusatzurkunde“ abhängt. Jedenfalls aber sind zur Auslegung des Begriffs der „sonstigen Rechte“ – weil es sich bei § 8 Z 1 EKEG um eine sinngemäße Erweiterung des Tatbestands einer unmittelbar kontrollierenden Beteiligung handelt – die Wertungen der Bestimmung des § 5 Abs 2 EKEG (die sich wiederum weitgehend an die Kontrolltatbestände des § 244 HGB anlehnt)<sup>29)</sup> heranzuziehen.<sup>30)</sup>

#### 1.1.1. Das Recht, Vorstands- oder Beiratsmitglieder zu bestellen oder abzurufen

So soll – in Anlehnung an das Recht zur Organbestellung nach § 5 Abs 2 Z 2 EKEG – ein Kreditgeber eine Privatstiftung nach *Schopper/Vogt* etwa dann kontrollieren, wenn ihm in der Stiftungserklärung<sup>31)</sup> (genauer: in der Stiftungsurkunde)<sup>32)</sup> das Recht vorbehalten ist, die Mehrheit der Mitglieder des Stiftungsvorstands zu bestellen oder auch abzurufen.<sup>33)</sup> In der Tat ist es nahezu einhellige Ansicht, dass die Zuständigkeit zur Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands nicht zwingend dem Gericht obliegt,<sup>34)</sup> sondern in der Stiftungsurkunde auch anderen Personen, Stellen oder Stiftungsorganen übertragen werden kann. Auch ein Sonderrecht des Stifters auf Mitgliedschaft im Stiftungsvorstand ist zulässig.<sup>35)</sup>

Weil aber die Bestimmung des § 5 Abs 2 Z 2 EKEG in Folge dessen Anlehnung an § 244 Abs 2 Z 2 HGB<sup>36)</sup> die Rechtsform der GmbH im Auge hat, wo Geschäftsführer grundsätzlich *jederzeit* von der Gesellschaftermehrheit ausgewechselt werden können<sup>37)</sup> (und es mE gerade das Tatbestandselement des *jederzeit* ausübenden Abberufungsrechts ist, das eine Kontrolle über die Gesellschaft ermöglicht), könnte von einer in diesem Sinne „kontrollierten

<sup>23)</sup> Vgl *Schopper/Vogt*, aaO, 168 ff.

<sup>24)</sup> *Schopper/Vogt*, aaO, 137.

<sup>25)</sup> *Schopper/Vogt*, aaO, 167.

<sup>26)</sup> Vgl hierzu *Dellinger*, Eigenkapitalersatzrecht im Konzern, *ecolex* 2002, 330; *Mohr*, Eigenkapitalersatz – der Ministerialentwurf, *ZIK* 2002, 53; *Schmidberger/Chalupsky*, Kritische Anmerkungen zum Ministerialentwurf des Eigenkapitalersatz-Gesetzes, *ZIK* 2002, 78.

<sup>27)</sup> So zB *Fellner/Mutz*, aaO, 85.

<sup>28)</sup> Vgl hierzu *Schopper/Vogt*, aaO, 167; ebenso *Zollner*, Die kontrollierte Privatstiftung aus gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Sicht, *GesRZ* 2003, 281.

<sup>29)</sup> Vgl hierzu *Zehetner/Bauer*, aaO, 67 f; *Dellinger/Mohr*, aaO, 60.

<sup>30)</sup> *Schopper/Vogt*, aaO, 168.

<sup>31)</sup> Die hA zum Kontrolltatbestand des Rechts zur Organbestellung bzw -abberufung gemäß § 244 Abs 2 Z 2 HGB bezieht den Tatbestand bloß auf solche Bestellungs- und Abberufungsrechte, die dem Gesellschafter unmittelbar aufgrund der Satzung zustehen (vgl *Nowotny* in *Straube*, HGB II<sup>2</sup>, § 244 Rz 32).

<sup>32)</sup> Obzwar *Schopper/Vogt* (aaO, 168) „von der Ausgestaltung der Stiftungsurkunde oder der -zusatzurkunde“ sprechen und auch § 27 PSG den Überbegriff „Stiftungserklärung“ (vgl § 10 Abs 1 PSG) verwendet, kann daraus nicht geschlossen werden, dass die maßgeblichen Anordnungen zur Bestellung bzw Abberufung des Vorstands sowohl in der Stiftungsurkunde als auch in der Stiftungszusatzurkunde getroffen werden können (grundsätzlich hierzu *N. Arnold*, *PSG-Komm*, § 10 Rz 4). Vielmehr ergibt sich aus § 9 Abs 2 Z 1 iVm § 10 Abs 2 PSG, dass „Regelungen über die Bestellung, Abberufung, Funktionsdauer und Vertretungsbefugnis des Stiftungsvorstands“ ausschließlich in der Stiftungsurkunde zulässig sind.

<sup>33)</sup> *Schopper/Vogt*, aaO, 168. Nach dem Gesetz ist es zwar ausreichend, dass ein Bestellungs- oder Abberufungsrecht besteht, in der Praxis ist jedoch eine Trennung hier selten anzutreffen (*Nowotny* in: *Straube*, HGB II<sup>2</sup>, § 244 Rz 34).

<sup>34)</sup> Vgl hierzu zB *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, *ecolex* spezial, 68; aA lediglich *C. Fries*, Offene Fragen des Privatstiftungsrechts, *ecolex* 1993, 739.

<sup>35)</sup> Vgl *N. Arnold*, *PSG-Komm*, § 15 Rz 71 ff mwN.

<sup>36)</sup> Vgl hierzu *Zehetner/Bauer*, aaO, 67 f; *Fellner/Mutz*, aaO, 72.

<sup>37)</sup> Vgl zB *Reich-Rohrwig*, *GmbH* I<sup>2</sup>, Rz 2/599.

Stiftung“ nur dann gesprochen werden, wenn dem Kreditgeber das Recht zukommt, die Mehrheit<sup>38)</sup> der Mitglieder des Stiftungsvorstands auch ohne Vorliegen eines wichtigen oder sachlichen Grundes jederzeit abberufen zu werden. Ob bzw. wem aber überhaupt ein solches freies Abberufungsrecht eingeräumt werden kann, ist indes strittig.<sup>39)</sup> Der OGH hat jedenfalls die Einräumung eines derartigen Rechts sowohl für vom Stifter verschiedene Personen als auch für Stifter, die keine natürlichen Personen sind, ausgeschlossen.<sup>40)</sup> Kreditinstituten bleibt daher als juristische Personen eine Kontrolle über Privatstiftungen im eben genannten Sinne verwehrt.<sup>41)</sup>

Weil § 5 Abs 2 Z 2 EKEG von der „Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans“ spricht, ist nun freilich auch zu prüfen, ob nicht etwa eine „kontrollierte“ Privatstiftung dann vorliegt, wenn dem Kreditgeber die Kompetenz zuteil wird, die Mehrheit eines „aufsichtsratsähnlichen Stiftungsbeirats“<sup>42)</sup> jederzeit „austauschen“ zu können. Ein so genanntes „freies“ Abberufungs- bzw. Ernennungsrecht wird – soweit ersichtlich – im Gegensatz zum Stiftungsvorstand für Beiratsmitglieder für zulässig erachtet. Durchaus denkbar ist es daher, dass jemandem in der Stiftungsurkunde das Recht eingeräumt wird, die Mehrheit der Mitglieder eines mit dem Aufsichtsrat einer GmbH<sup>43)</sup> vergleichbaren Stiftungsbeirates<sup>44)</sup> jederzeit abberufen und neue Mitglieder zu ernennen.<sup>45)</sup> Wenn nun ein Entsendungsrecht betreffend die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH den Tatbestand des § 5 Abs 2 Z 2 EKEG erfüllt, dann muss dies auch analog für einen vergleichbaren Stiftungsbeirat gelten. Ein Darlehen eines Kreditgebers, der über die genannten Kompetenzen in Bezug auf einen „aufsichtsratsähnlichen Stiftungsbeirat“ verfügt, wird daher – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des EKEG – als Eigenkapital ersetzend qualifiziert werden müssen.

### 1.1.2. Der Kreditgeber im Stiftungsvorstand

In Anlehnung an die Bestimmung des § 5 Abs 2 Z 3 EKEG wird in der Literatur des Weiteren die Ansicht vertreten, dass eine Kontrolle der Privatstiftung anzunehmen sei, wenn dem Kreditgeber das Sonderrecht zukommt, Mitglied des Stiftungsvorstands<sup>46)</sup> zu sein.<sup>47)</sup> Weil § 5 Abs 2 Z 3 leg cit den Geschäftsführer einer GmbH im Auge hat,<sup>48)</sup> ist es aber fraglich, ob diese Bestimmung auch analog auf Privatstiftungen angewendet werden kann. Während nämlich ein Gesellschafter-Geschäftsführer<sup>49)</sup> aufgrund seiner Beteiligung an der GmbH unternehmerische Interessen hat,<sup>50)</sup> die er in seiner Rolle als Leitungsorgan unmittelbar verfolgen kann, weshalb für ihn eine besondere Finanzierungsverantwortung durchaus einleuchtend scheint,<sup>51)</sup> ist es im Fall des § 8 Z 1 EKEG die Stiftung – und nicht deren Vorstand –, die an der Kredit nehmenden Gesellschaft beteiligt ist, mithin „unternehmerische Interessen“ hat, während der Stiftungsvorstand ebenso wie dessen nahe Angehörige vom wirtschaftlichen Erfolg der Stiftung insofern ausgeschlossen sind, als diese infolge § 15 Abs 2 PSG nicht Begünstigte<sup>52)</sup> der Stiftung sein

<sup>38)</sup> Allenfalls wäre die Bestimmung des § 5 Abs 2 Z 2 EKEG, wonach eine Bestellkompetenz in Bezug auf die Mehrheit der Leitungsorgane verlangt wird (vgl hierzu *Fellner/Mutz*, aaO, 72 mwN), teleologisch zu reduzieren, wenn – im Sinne eines „Führerprinzips“ – einem Vorstandsmitglied de facto ein Alleinentscheidungsrecht eingeräumt ist (vgl hierzu zB *Hochedlinger* in: *Hasch & Partner*, PSG-Kurzkommentar, 135 f unter Verweis auf OLG Wien 31.5.1999, 28 R 244/98b in *GesRZ* 1999, 259 = *WBI* 2000/113 = *ecolex* 1999, 694 = *NZ* 2000, 120). In diesem Sinne zu § 244 HGB auch *Nowotny* in: *Straube*, HGB II<sup>2</sup>, § 244 Rz 33 mwN.

<sup>39)</sup> Zum diesbezüglichen Meinungsstreit vgl überblicksartig *Reich-Rohrwig/Gröss*, Zur Abberufung des Stiftungsvorstands, *ecolex* 2003, 103 f.

<sup>40)</sup> Vgl OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01v, RdW 2001/502 = *WBI* 2002/94 = *ecolex* 2003/51 = *GesRZ* 2002, 27). Zur höchstgerichtlichen Rspr überblicksartig *Hochedlinger*, 10 Jahre Privatstiftungsgesetz: Gelöste und ungelöste Fragen, *GeS* 2003, 475 f.

<sup>41)</sup> Stifterin in E OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01v war eine OEG, doch treffen die vom OGH gebrauchten Argumente auch auf juristische Personen zu (ausführlich hierzu *Hochedlinger*, Personengesellschaften als Stifter, RdW 2004/46; vgl auch *C. Nowotny*, Stifterrechte – Möglichkeiten und Grenzen, *JBl* 2003, 780).

<sup>42)</sup> Ausführlich hierzu *N. Arnold*, PSG-Kommentar, § 14 Rz 67 ff. Der – in der Praxis äußerst seltene – Aufsichtsrat iSv § 22 ff PSG wird, abgesehen vom „ersten Aufsichtsrat“, zwingend ausschließlich durch das Gericht bestellt (*N. Arnold*, PSG-Kommentar, § 24 Rz 14); ebenso fällt die Kompetenz zur Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern ausschließlich dem Gericht zu (*N. Arnold*, PSG-Kommentar, § 24 Rz 22; aA *C. Nowotny*, Die Organisation der Privatstiftung, in: *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum PSG, 168; *Wessely* in: *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG, § 24 Rz 12).

<sup>43)</sup> Ein Sonderrecht auf Entsendung einer Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder kann nicht in der Satzung einer AG verankert werden (vgl hierzu zB *Kalss* in: *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 88 Rz 15 mwN). Der hier gegenständliche Tatbestand des § 5 Abs 2 Z 2 EKEG ist daher lediglich für die GmbH, nicht hingegen für AG von Relevanz (*Schopper/Vogt*, aaO, 124; zu § 244 HGB vgl *Geist* in: *Jabornegg*, HGB § 244 Rz 11 mwN; *Nowotny* in: *Straube*, HGB II<sup>2</sup>, § 244 Rz 32).

<sup>44)</sup> Die Frage, ob ein Stiftungsbeirat „aufsichtsratsähnlich“ ist, wird danach zu beurteilen sein, ob diesem Kompetenzen iSd § 25 PSG, mithin die nach der gesetzlichen Konzeption einem Stiftungs-Aufsichtsrat zugeordneten Aufgaben, in der Stiftungsurkunde zugewiesen wurden. Der Stiftungs-Aufsichtsrat hat über weite Strecken sein Vorbild in §§ 30 ff GmbHG (vgl *N. Arnold*, PSG-Kommentar, § 14 Rz 67 u § 25 Rz 2 ff).

<sup>45)</sup> Bei der GmbH können entsandte Aufsichtsratsmitglieder vom Entsendungsberechtigten jederzeit abberufen werden (vgl hierzu *Reich-Rohrwig*, GmbH I<sup>2</sup>, Rz 4/124).

<sup>46)</sup> Weil § 5 Abs 2 Z 3 EKEG anders als in Z 2 leg cit lediglich vom „Leitungsorgan“ – nicht hingegen auch vom „Aufsichtsrat“ – spricht, braucht der Fall eines Kredit gewährenden Beiratsmitglieds hier nicht untersucht zu werden.

<sup>47)</sup> Vgl *Schopper/Vogt*, aaO, 168.

<sup>48)</sup> Weder im Aktien- noch im Genossenschaftsrecht kommt ein satzungsmäßiges Gesellschafter-Sonderrecht, Mitglied des Leitungsorgans sein zu dürfen, in Frage (näher hierzu *Dellinger/Mohr*, aaO, 62 f). Zum Sonderfall der Kapitalgesellschaft & Co vgl *Schopper/Vogt*, aaO, 129.

<sup>49)</sup> Im GmbH-Recht können nach hA nur Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zu Geschäftsführern bestellt werden (*Reich-Rohrwig*, GmbH I<sup>2</sup>, Rz 2/45; *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup>, § 15 Rz 8).

<sup>50)</sup> Dazu dass das Eigenkapitalersatzrecht primär auf die Finanzierungsverantwortung der Anteilseigner an einer Gesellschaft abstellt, vgl *Zehetner/Bauer*, aaO, 16. Vgl hierzu auch *EBRV* zu § 5 EKEG.

<sup>51)</sup> *Schopper/Vogt*, aaO, 128: „Entscheidend ist nur, dass die Mitgliedschaft im Leitungsorgan aus einem Sonderrecht abgeleitet wird.“

<sup>52)</sup> Weil letztlich den Begünstigten (und Letztbegünstigten) einer Privatstiftung der Vorteil aus einem Gelingen der Sanierung eines „Beteiligungsunternehmens“ zukommt, ist deren Stellung mit der von Gesellschaftern eines vom Eigenkapitalersatzrecht erfassten Unternehmens vergleichbar (so offenbar *Dellinger*, *GeS* 2004, 128; *Schmidberger*, *GeS* 2002, 9).

dürfen.<sup>53)</sup> Nachdem aber *Schopper/Vogt* aufgezeigt haben, dass es auch beim geschäftsführenden GmbH-Gesellschafter nicht auf die Höhe von dessen Beteiligung ankommt, der Geschäftsführer (bzw eigentlich der Inhaber des Sonderrechts auf Geschäftsführung) daher auch im Falle einer minimalen Beteiligung „erfasster Gesellschafter“ wäre,<sup>54)</sup> wird § 5 Abs 2 Z 3 EKEG wohl auch auf Privatstiftungen analog angewendet werden können. Da aber als Geschäftsführer einer GmbH ebenso wie als Vorstandsmitglied einer Privatstiftung lediglich eine natürliche Person in Betracht kommt,<sup>55)</sup> scheidet eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 5 Abs 2 Z 3 EKEG auf Kreditinstitute als Darlehensgeber einer Gesellschaft, deren beherrschender Gesellschafter eine von einem Kreditinstitut kontrollierte Stiftung ist, aus diesem Grund aus.

### 1.1.3. Weisungen an den Stiftungsvorstand

Während also die einzelnen Bestimmungen des § 5 Abs 2 EKEG im Hinblick auf Privatstiftungen für eine Gesetzes- oder Einzelanalogie nur eingeschränkt tauglich sind (die Z 1, 4 und 5 leg cit scheiden diesbezüglich von vornherein aus), können der Gesamtheit der Vorschriften des § 5 Abs 2 leg cit aber doch auf induktivem Wege einige Grundsätze zum Tatbestand der „Beherrschung“ entnommen werden, die – im Zuge einer Rechts- oder Gesamtanalogie – als Maßstab für gesetzlich nicht erfasste Fälle des beherrschenden Einflusses auf Stiftungen dienen können.

In diesem Sinne verweist etwa *Krejci*, der sich zuletzt mit den Möglichkeiten der „Beherrschung“ einer Privatstiftung näher auseinander gesetzt hat, neben den hier bereits erörterten „Einflussmöglichkeiten“ vor allem auf Weisungen, denen der Stiftungsvorstand ausgesetzt sein kann.<sup>56)</sup>

Wenngleich im PSG eine mit § 70 AktG, wonach der Vorstand einer AG die Gesellschaft unter eigener Verantwortung – dh weisungsungebunden – zu leiten hat, vergleichbare Bestimmung fehlt, ist es hA, dass der Stiftungsvorstand nicht zu einem bloßen Vollzugsorgan eines fremden Willens degradiert werden darf.<sup>57)</sup> Eine generelle Weisungsbefugnis gegenüber dem Vorstand – gleichgültig, wem eine solche zukommt – muss daher als ausgeschlossen erachtet werden. Jedenfalls für zulässig gehalten werden indes „punktuelle Weisungen“. In welchem Umfang aber Weisungen nun stiftungsrechtlich möglich bzw eigenkapitalersatzrechtlich – um von einer „kontrollierten“ Stiftung sprechen zu können – nötig sind und ob sich diese beiden Bereiche auch überschneiden, darauf geben weder das PSG noch das EKEG eine abschließende Antwort. Während *C. Nowotny*<sup>58)</sup>, *S. Schmidt*<sup>59)</sup> und vor allem *N. Arnold*<sup>60)</sup> Weisungsbefugnisse in nur stark eingeschränktem Umfang zulassen wollen, scheinen *Micheler*<sup>61)</sup>, *H. Torggler*<sup>62)</sup>, *Csoklich*<sup>63)</sup> und vor allem *Krejci* diesbezüglich „großzügiger“ sein zu wollen: „Insgesamt ist es ... durchaus möglich, die Geschäftsführung der Stiftung durch den Stiftungsvorstand in einem Rahmen, dessen Grenzen allerdings einigermaßen im Dunkeln liegen, auch über das Instrument der Weisung ... zu steuern.“<sup>64)</sup>

Dem EKEG selbst kann lediglich aus dessen „Konzernregelung“ in § 9 leg cit entnommen werden, dass eine Stiftung nicht bereits dann als vom Kreditgeber „kontrolliert“ bezeichnet werden kann, wenn der Stiftungsvorstand ausschließlich Weisungen betreffend eine Kreditgewährung durch die Stiftung (!) an „andere Konzerngesellschaften“ zu befolgen hat, spricht doch § 9 Abs 1 EKEG von einer „Weisung eines kontrollierend beteiligten Unternehmens“.<sup>65)</sup> Zusätzlich zur Weisung, Kredit zu gewähren, wird also vom Gesetz ein beherrschender (kontrollierender) Einfluss verlangt.<sup>66)</sup>

### 1.2. Das Änderungs- und Widerrufsrecht nach §§ 33 und 34 PSG

In der Literatur ist immer wieder von einer „kontrollierten“ Stiftung die Rede, wenn sich der Stifter – sofern

<sup>53)</sup> Zur Problematik aufschiebend bedingter oder befristeter Begünstigtenstellungen überblicksartig *N. Arnold*, PSG-Komm, § 15 Rz 25.

<sup>54)</sup> Entscheidend sei nur, dass die Mitgliedschaft im Leitungsorgan aus einem Sonderrecht abgeleitet wird (*Schopper/Vogt*, aaO, 128).

<sup>55)</sup> Vgl § 15 Abs 1 GmbHG bzw § 15 Abs 2 PSG (zum freilich nicht unproblematischen Wortlaut vgl *N. Arnold*, PSG-Komm, § 15 Rz 16).

<sup>56)</sup> *Krejci*, aaO, 65 ff.

<sup>57)</sup> Die diesbezüglichen Gestaltungsmöglichkeiten bei Errichtung der Stiftungserklärung liegen daher – wie *Krejci* (aaO, 67) ausführt – „zwischen jenen, die das AktG einerseits und das GmbHG andererseits zulassen“.

<sup>58)</sup> *C. Nowotny*, Die Organisation der Privatstiftung, in: *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch PSG, 163.

<sup>59)</sup> *S. Schmidt*, Organe der Privatstiftung, in: *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 188 f.

<sup>60)</sup> *N. Arnold*, PSG-Kommentar, § 14 Rz 29 f.

<sup>61)</sup> *Micheler* in: *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 14 Rz 11.

<sup>62)</sup> *H. Torggler*, Stiftungsvorstand und Begünstigte, in: *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, aaO, 74.

<sup>63)</sup> *Csoklich*, Die Haftung des Stiftungsvorstandes, in: *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, aaO, 104 f.

<sup>64)</sup> *Krejci*, aaO, 67.

<sup>65)</sup> Die Bestimmung des § 9 EKEG erweitert den Anwendungsbereich des EKEG im Konzern. Während sich die Bestimmung des § 8 EKEG vor allem auf vertikale Kreditvergaben bei verbundenen Unternehmen „von oben nach unten“ bezieht, geht es bei § 9 EKEG um die Erweiterung des Anwendungsgebiets des EKEG auf Kreditgewährungen insb unter Schwestergesellschaften im Konzern: Ist der Kreditgeber mit anderen rechtlich selbständigen Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung oder kontrollierender Beteiligung zusammengefasst (Konzern), so gilt der Kreditgeber auch dann als erfasster Gesellschafter, wenn er nicht an der Kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt ist, er jedoch den Kredit auf Weisung eines anderen Konzernmitglieds gewährt, welches zum einen so genannter erfasster Gesellschafter des Kreditnehmers und zum anderen am Kreditgeber unmittelbar (iSv § 5 Abs 1 Z 1 iVm § 5 Abs 2) oder aber auch nur mittelbar (iSv § 8 Z 1 EKEG) kontrollierend beteiligt ist. Drei grundsätzliche Fälle sind auch hier im Zusammenhang mit Privatstiftungen zu unterscheiden: Während eine Privatstiftung als weisungsgebendes Konzernmitglied (und in der Folge allenfalls als Adressat von Regressansprüchen der Kreditgebenden Konzerngesellschaft) grundsätzlich in Frage kommt, hingegen auch im Konzernfall eine Stiftung als vom EKEG erfasste Kreditnehmerin scheidet, gelten die im Zusammenhang mit § 8 Z 1 EKEG dargelegten Überlegungen zur „kontrollierten“ Stiftung sinngemäß auch für den Fall, in dem eine solche Privatstiftung im Konzern auf Weisung Kredit gewährt.

<sup>66)</sup> Dazu, dass in § 9 EKEG das Vorliegen einer Weisung zur Kreditvergabe über die kontrollierende Beteiligung hinaus verlangt wird und der entsprechende Gesetzeswortlaut keinesfalls als Redaktionsversehen odgl qualifiziert werden kann, *Schopper/Vogt*, aaO, 192.

er eine natürliche Person<sup>67)</sup> ist (was bei Kreditinstituten nicht der Fall sein wird) – das Widerrufsrecht nach § 34 PSG vorbehalten hat.<sup>68)</sup> Gleiches soll im Zusammenhang mit dem – auch für juristische Personen möglichen – Änderungsrecht nach § 33 PSG gelten, zumal auch damit die Auflösung der Stiftung bewirkt werden kann (etwa durch nachträgliche Verkürzung der Dauer, auf welche die Privatstiftung errichtet wurde).<sup>69)</sup>

Alle diese Ansätze<sup>70)</sup> sind jedoch mE nicht geeignet, Kontrolle iSv § 5 Abs 2 EKEG über eine Stiftung auszuüben.<sup>71)</sup> Eine kontrollierende Beteiligung des Kreditgebers liegt nämlich nur dann vor, wenn diesem das Recht zusteht, zu jeder Zeit in die laufenden operativen Geschäfte des Stiftungsvorstands eingreifen zu können. In diesem Sinne ist auch in § 5 EKEG an keiner Stelle vom Recht bzw von der Möglichkeit die Rede, die beherrschte Gesellschaft aufzulösen. Genau das – und nicht etwa eine „Steuerung“ des Stiftungsvorstands – bewirkt aber eine Ausübung des stifterlichen Widerrufsrechts. Gleiches gilt für (offensichtlich) „widerrufsgleiche Änderungen“ der Stiftungserklärung.<sup>72)</sup> Ebenso würde das stifterliche Gestaltungsrecht nach § 33 PSG in unzulässiger Weise ausgeübt werden, wenn damit – quasi als Lenkungsinstrument – die Stiftungserklärung laufend so geändert wird, dass der Stiftungsvorstand de facto zu einem bloßen Vollzugsorgan des Stifters verkommt.<sup>73)</sup>

Wenn nun das dem Stifter vorbehaltene Widerrufsrecht die Stiftung damit nicht zur „kontrollierten Privatstiftung“ macht, bedeutet das freilich nicht, dass ein solches Widerrufsrecht eigenkapitalersatzrechtlich ohne Belang ist. Durchaus ist nämlich mE die Ansicht zu vertreten, im Falle eines Widerrufsvorbehalts die Zuwendung des vom Kredit gebenden (letztbegünstigten)<sup>74)</sup> Stifters der Privatstiftung gewidmeten Vermögens als „noch nicht endgültig gemacht“ angesehen werden muss,<sup>75)</sup> weshalb dieses Stiftungsvermögen – und damit auch die Geschäftsanteile an der Kredit nehmenden Gesellschaft – wirtschaftlich noch dem Stifter zuzurechnen ist.<sup>76)</sup> Die Bestimmung des § 7 EKEG wäre daher mE analog anzuwenden. Weil die Gesellschaftsanteile in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht von der Stiftung, sondern vom Kredit gebenden Stifter gehalten werden,<sup>77)</sup> müsste dieser analog § 7 Abs 1 EKEG als erfasster Gesellschafter qualifiziert werden.

## 2. Die Bestimmungen des § 8 Z 2 und 3 EKEG

Was § 8 Z 2 und Z 3 EKEG anbelangt, so fällt auf, dass diese Bestimmungen – anders als § 8 Z 1 leg cit – eine Kontrolle über „sonstige Rechte“ nicht mit einbeziehen.

Gewährt daher beispielsweise der Stifter einer Gesellschaft, die von einer Privatstiftung iSv § 5 EKEG kontrolliert wird, ein Darlehen, so gilt dieses auch dann nicht als Eigenkapital ersetzend, wenn der Stifter als (Letzt-) Begünstigter der Stiftung vom Gewinn und einem allfälligen Liquidationserlös der Kredit nehmenden Beteiligungsgesellschaft (indirekt) profitiert,<sup>78)</sup> was rechtspolitisch unbefriedigend erscheinen mag, doch ergibt sich aus dem

klaren Wortlaut des § 8 Z 2 EKEG, dass „sonstige Rechte“ hier eben nicht zu berücksichtigen sind. Eine analoge Anwendung der Z 2 leg cit auf jede Form der mittelbaren Partizipation am Gewinn und am Vermögen der Kredit nehmenden Gesellschaft scheidet mangels Lücke aus, schließlich kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er hätte bei der Normierung des § 8 Z 1 EKEG an Privatstiftungskonstruktionen gedacht, bei § 8 Z 2 leg cit hingegen darauf vergessen.<sup>79)</sup>

<sup>67)</sup> Zur analogen Anwendung des § 34 zweiter Satz PSG auf Personengesellschaften vgl *Hochedlinger*, RdW 2004, 71 mwN; *Arnold/Ludwig*, Exit- und Umgründungsszenarien bei Privatstiftungen, in: *Kathrein & Co*, Stiftungsservice 2004, H 5, 7 mwN.

<sup>68)</sup> Vgl zB *Schmidberger*, GeS 2002, 9.

<sup>69)</sup> Vor diesem Hintergrund empfehlen etwa *Hochedlinger/Hasch* (RdW 2002, 195) zur „exekutionssicheren“ Gestaltung der Stiftungserklärung, „auf den Widerruf – verbunden mit erleichterten Auflösungsmöglichkeiten – zu verzichten“.

<sup>70)</sup> Vgl hierzu jüngst *Zehetner/Bauer*, aaO, 75.

<sup>71)</sup> AA offenbar OLG Wien 28.9.2000, 25 Kt 286/00, *ecolex* 2001/23: „... Es kann nämlich der Stifter einer Privatstiftung maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Stiftung ausüben, wenn er sich die Änderung oder den Widerruf der Stiftung ausdrücklich vorbehalten hat. Er könnte damit seinen Interessen zuwiderlaufende Entscheidungen des Stiftungsvorstandes mit Änderung oder Widerruf begegnen.“

<sup>72)</sup> Zur Problematik „widerrufsgleicher Änderungen“ vgl *Krejci*, aaO, 61; *Diregger/Winner* in: *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 117 f; *Pittl*, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, NZ 1999, 200; *Geist*, Zur Änderung der Stiftungserklärung durch den Stifter nach Eintragung der Privatstiftung, GesRZ 1998, 79; *Arnold/Ludwig*, aaO, 11: „Die Grenzen zwischen unzulässiger widerrufsgleicher Änderung und sonstigen Änderungen der Stiftungserklärung, die auf andere Weise eine Beendigung der Privatstiftung herbeiführen, sind fließend.“

<sup>73)</sup> Vgl allgemein hierzu *Krejci*, aaO, 58 ff.

<sup>74)</sup> Vgl in diesem Zusammenhang insb § 36 Abs 4 PSG.

<sup>75)</sup> So die überwiegende Meinung insb zur – erbrechtlich relevanten – „Schenkung“ iSv § 785 Abs 3 ABGB (vgl hierzu zB *Schauer*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 253) bzw zur – familienrechtlich bedeutsamen – „Vermögensverringerung“ nach § 91 Abs 1 EheG (vgl hierzu *Csoklich*, Privatstiftung und Scheidung, RdW 2000/371); anders jedoch der OGH im Zusammenhang mit mietrechtlichen Erwägungen: „Die Übertragung von Geschäftsanteilen an eine Privatstiftung stellt jedenfalls die Übertragung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf einen neuen Rechtsträger, nämlich auf die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Privatstiftung dar. ... Dies gilt selbst dann, wenn sich der Stifter den Widerruf vorbehalten hat.“ (OGH 12.6.2001, 5 Ob 307/00h, RdW 2001/746 = *ecolex* 2001/347 = *immolex* 2001/175 = wobl 2001/198; ebenso OGH 27.9.2001, 5 Ob 228/01t, RdW 2002/77 = *ecolex* 2002/103 = wobl 2002/36 = *immolex* 2002/47. Krit hierzu *Vonkilch*, Einbringung von Gesellschaftsanteilen in eine Privatstiftung und § 12a MRG, *immolex* 2001, 330). Überblicksartig zur gesamten Problematik zB *Hochedlinger*, GeS 2004, 477; *Hochedlinger/Hasch*, RdW 2002/190.

<sup>76)</sup> Vgl hierzu insb *Schauer*, NZ 1993, 253 unter Verweis auf *Eichler*, Die Verfassung der Körperschaft und Stiftung, 89: „Der Grundgedanke des ‚Stiftens‘ erfordert nämlich, dass das Stiftungsgut endgültig aus dem Vermögen des Stifters ausgeschieden wird. Wenn aber das Eigentümerinteresse erst mit dem Erlöschen des Widerrufsrechts auf die Stiftung übergeht, bedeutet dies, dass die Zuwendung erst in diesem Zeitpunkt als ‚gemacht‘ anzusehen ist.“

<sup>77)</sup> So auch *Dellinger/Mohr*, aaO, 85.

<sup>78)</sup> Vgl hierzu FN 52.

<sup>79)</sup> Vgl *Zehetner/Bauer*, aaO, 77; ebenso *Schopper/Vogt*, aaO, 173. AA hingegen *Dellinger*, GeS 2004, 128; für eine Einbeziehung mittelbarer Partizipation am Gewinn und Vermögen de lege ferenda *Schmidberger*, GeS 2002, 12.

Gleiches gilt bei § 8 Z 3 EKEG: Während in Z 1 ausdrücklich von „sonstigen Rechten an einem Rechtsträger“ die Rede ist, spricht § 8 Z 3 leg cit von einer kontrollierenden Beteiligung an einer *Gesellschaft*.<sup>80)</sup>

### V. Conclusio

1. Privatstiftungen sind keine vom EKEG erfassten Gesellschaften (vgl § 4 EKEG).
2. Privatstiftungen können sehr wohl vom EKEG erfasste Gesellschafter sein (vgl § 5 EKEG).
3. Gem § 8 Z 1 EKEG sind die Bestimmungen über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen auch auf Kreditgeber anzuwenden, die mittelbar – insb über eine „zwischen geschaltete“ Privatstiftung – an der Kreditnehmenden Gesellschaft beherrschend beteiligt sind. Voraussetzung hierfür ist ein „kontrollierender Einfluss“ auf die Privatstiftung. In der Praxis werden solche von Kreditinstituten „kontrollierte“ Privatstiftungen aus eigenkapitalersatzrechtlicher Sicht vor allem dann vorliegen, wenn dem Kreditinstitut das Recht zukommt, die Mehrzahl der Mitglieder eines allfällig

vorhandenen aufsichtsratsähnlichen Stiftungsbeirats jederzeit neu zu besetzen.

4. Im gegebenen Zusammenhang zu beachten wird zudem die Bestimmung des § 5 Abs 1 Z 3 EKEG sein, die auf die faktische Beherrschung der Kreditnehmenden Gesellschaft abstellt.
5. Im Hinblick auf die in § 7 EKEG angestellte wirtschaftliche Betrachtungsweise ist auch – freilich aber nicht bei juristischen Personen als Stifter<sup>81)</sup> – die Frage des vorbehaltenen Widerrufsrechts (§ 34 PSG) eigenkapitalersatzrechtlich von Relevanz.
6. Eine analoge Anwendung der Bestimmungen des § 8 Z 2 und 3 EKEG auf „zwischen geschaltete“ Privatstiftungen kommt mangels Lücke nicht in Frage.

<sup>80)</sup> Für eine analoge Anwendung auch auf Privatstiftungen indes *Dellinger*, GeS 2004, 128.

<sup>81)</sup> Juristische Personen sind nach § 34 PSG von der Widerrufsmöglichkeit ausgeschlossen. Bei einer Stiftermehrheit unter Teilnahme zumindest einer natürlichen Person ist indes ein Widerrufsvorbehalt – wenn dieser ausdrücklich lediglich den natürlichen Personen eingeräumt wurde (vgl § 3 Abs 2 PSG) – grundsätzlich möglich (vgl hierzu auch *Pittl*, NZ 1999, 201).

**KODEX**  
DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTS  
SAMMLUNG DER ÖSTERREICHISCHEN BUNDESGESetze

**STEUER-ERLÄSSE**

19. AUFLAGE STAND 1. 10. 2004

**Band I**

**Einkommensteuer-Richtlinien 2000**

**Lohnsteuer-Richtlinien 2002**

**Umsatzsteuer-Richtlinien 2000**

Körperschaftsteuerrichtlinien } siehe Band II  
Stiftungsrichtlinien }  
Vereinsrichtlinien }

**LINDE VERLAG**

Stand 1. 10. 2004  
Neuer Eigenverbrauch  
AOF 17. 9. 2004

## Stand 1. 10. 2004

- Die einzige aktuelle Ausgabe mit den Umsatzsteuer-Richtlinien
- NEU: Änderungen zum Eigenverbrauch nach der UStG-Novelle 2004

19. Auflage, Stand 1. 10. 2004,  
1.712 Seiten, kart.  
ISBN 3-7073-0731-X  
**Im Abonnement: € 31,20**  
Im Einzelbezug: € 39,-

**LINDE VERLAG**

**Linde Verlag Wien** **www.lindeverlag.at**

Scheydgasse 24 • 1211 Wien • Tel.: (01) 24 630 • Fax: (01) 24 630-23 • E-Mail: office@lindeverlag.at