

10 JAHRE PRIVATSTIFTUNGSGESETZ: GELÖSTE UND UNGELÖSTE FRAGEN

Das Privatstiftungsgesetz (PSG) ist nun 10 Jahre in Kraft. Getragen vom Versuch, die „weit verbreitete Regelungssucht weitgehend zurückzudrängen“,¹⁾ ließ das PSG – (auch) im Hinblick auf das Primat des Stifterwillens²⁾ – eine Reihe von Fragen offen, deren Beantwortung durch den OGH zum Teil noch aussteht, zum Teil bereits zu heftigen Diskussionen in der Literatur geführt hat. Der folgende Beitrag soll eine Übersicht über die bisher zum PSG ergangene Judikatur³⁾ bieten.

GERHARD HOCHEDLINGER

1. Der Stifter

Gem § 3 Abs 1 PSG können „eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen“ Stifter sein. Obzwar nach hA nicht als juristische Personen zu qualifizieren,⁴⁾ können auch die Gesamthandgesellschaften OHG, KG, OEG und KEG als Stifter fungieren.⁵⁾

1.1 Minderjährige Stifter

Weil der Stifterkreis nach Errichtung der Stiftung nicht erweiterbar ist (vgl § 3 Abs 4 PSG),⁶⁾ wird bei Familienstiftungen in praxi zuweilen empfohlen, dass uU etwa auch die Kinder des „eigentlichen“ Stifters bereits als Stifter in Erscheinung treten sollen, um später steuerbegünstigt Nachstiftungen⁷⁾ vornehmen zu können.⁸⁾

In der Tat hatte sich auch der OGH bereits mehrfach mit dem Phänomen minderjähriger Stifter auseinanderzusetzen:

„Die Errichtung einer Privatstiftung ist ein Geschäft iSd § 271 ABGB. Gründen Eltern gemeinsam mit ihren Kindern eine Stiftung, können die Eltern ihre Kinder dabei nicht vertreten. Vielmehr ist ein Kollisionskurator zu bestellen. Das folgt daraus, dass der Haftungsumfang der Stifter nach dem PSG nicht gänzlich geklärt ist und es nicht ausgeschlossen werden kann, dass die minderjährigen Stifter eine Haftung und damit ein Nachteil trifft.“⁹⁾

1.2 Juristische Person als Stifter

Über juristische Personen als Stifter ist bereits viel geschrieben worden. Insbesondere wurden in der Literatur die sich angesichts der Unmöglichkeit eines Widerrufs- vorbehalts¹⁰⁾ allenfalls ergebenden Probleme¹¹⁾ sowie die Frage der Übertragung diverser Stifterrechte bei gesellschaftsrechtlicher Universalsukzession diskutiert;¹²⁾ ebenso das Phänomen des zeitlich unbeschränkten Änderungs-

1) *Cerha*, Einrichtung eines Beirates oder Aufsichtsrates bei der Privatstiftung, *ecolex* 2000, 644.

2) Vgl hierzu *Torggler*, Zur Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands einer Privatstiftung, *GesRZ* 1997, 140; *Eiselsberg*, Grundsatzüberlegungen und nachträgliche Betrachtungen zum Privatstiftungsgesetz, *SWK* 1999, 860.

3) Eine Rechtsprechungsübersicht mit Stand Mai 2002 (und folglich im wesentlichen lediglich um die E OGH 12.12.2002, 6 Ob 291/02s in *RdW* 2003/165 = *GesRZ* 2003, 103 = *ecolex* 2003/281 zu ergänzen) bietet *Hasch & Partner*, *PSG*, 254 f; vgl aber auch *Briem*, Aktuelle Judikatur zum Privatstiftungsgesetz, *SWK* 2002, 1412.

4) *Ausf* hierzu *Hochedlinger*, Die Übertragung von Unternehmen und Gesellschaftsanteilen nach § 142 HGB, *GesRZ* 2002, 190 mwN.

5) Vgl OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01v in *RdW* 2001/502 = *wbl* 2002/94 = *ecolex* 2003/51 = *GesRZ* 2002, 27; vgl auch *ErlRV* zu § 3 Abs 1 PSG; *Torggler*, Personengesellschaft und Privatstiftung, in *FS Krejci*, 928; *Hochedlinger*, Personengesellschaften als Stifter (demnächst in *RdW*).

6) Vgl *N. Arnold*, *PSG-Kommentar* § 3 Rz 13 mwN.

7) Vgl hierzu OGH 13.9.2001, 6 Ob 189/01i in *EvBl* 2002/24 = *RdW* 2002/83 = *wbl* 2002/93 = *GesRZ* 2002, 212 = *RWZ* 2002/3 (*Wenger*); dazu insb *Torggler*, Zur Vermögenswidmung in der Stiftungszusatzurkunde, *GesRZ* 2002, 171; *Pittl*, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, *NZ* 1999, 202.

8) Vgl *Guggenberger* in *Hasch & Partner*, *PSG*, 33.

9) OGH 28.09.1999, 4 Ob 231/99w in *ecolex* 2000/144 = *EFSlg* 89.910; ähnlich OGH 25.02.1999, 6 Ob 332/98m in *RdW* 1999, 409 = *wbl* 1999/227 = *RZ* 1999/69 = *EFSlg* 89.745: „Die Stiftungserklärung eines minderjährigen Stifters bedarf auch dann der Vertretungshandlung beider obsorgender Elternteile und der pflegerischen Genehmigung, wenn der Stifter in der Stiftungserklärung kein eigenes Vermögen widmet. Es ist nämlich keineswegs geklärt, ob den Stifter einer Privatstiftung eine Haftung für die Gründungskosten trifft. Ebenso können einem minderjährigen Stifter Mitwirkungspflichten gegenüber anderen Stiftern treffen.“ (ebenso OGH 11.3.1999, 6 Ob 331/98i in *RdW* 1999, 409). AA noch *Arturo*, Privatstiftung minderjähriger Stifter ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung?, *RdW* 1997, 442; *ders*, Kollisionskurator für Privatstiftung mit minderjährigen Stiftern?, *RdW* 1998, 6.

10) Vgl § 34 Satz 2 PSG: „Einem Stifter, der eine juristische Person ist, kann ein Widerruf nicht vorbehalten werden.“

11) Vgl hierzu *Geist*, Zur Änderung der Stiftungserklärung durch den Stifter nach Eintragung der Privatstiftung, *GesRZ* 1998, 79.

12) Vgl *N. Arnold*, *PSG-Kommentar* § 3 Rz 45; *Diregger/Winner*, Fragen der Gestaltungsfreiheit im Privatstiftungsrecht, in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 124 f.

rechts.¹³⁾ Treten Kapitalgesellschaften als Stifter auf, so stellt sich für den Widmungsakt weiters die Frage der Zulässigkeit der unentgeltlichen Zuwendung an die Privatstiftung.¹⁴⁾ Leider hat der OGH die Problematik einer allfälligen Einlagenrückgewähr bzw verdeckten Gewinnausschüttung infolge Stiftungsaktes bis dato elegant umschifft.¹⁵⁾ Ebenso nicht näher vermeinte der OGH in E 6 Ob 189/01i auf die sich bei Widmung der Geschäftsanteile der Stifter-GmbH ergebenden Probleme eingehen zu müssen.¹⁶⁾

1.3 Treuepflichten zwischen Stiftern?

In der Lit noch nicht ausdiskutiert ist die Frage der Existenz von Treuebindungen zwischen mehreren Stiftern. Angesichts des im Gesellschaftsrecht anerkannten Grundsatzes der Gleichbehandlung strittig ist insb, inwieweit Stifter, denen Änderungen der Stiftungserklärung vorbehalten sind, auch Änderungen zu Lasten anderer Stifter vornehmen können.¹⁷⁾

Für Aufsehen hat daher die E 6 Ob 305/01y gesorgt, in der der OGH – wenn auch nur am Rande mit der Problematik befasst – eine solche Treuepflicht offenbar im Grundsätzlichen bejaht.¹⁸⁾

2. Die Stiftungserrichtung

2.1 Stiftungserklärung

Gemäß § 7 Abs 1 PSG wird die Privatstiftung „durch eine Stiftungserklärung“ errichtet. Unter dem Begriff der Stiftungserklärung werden zwar die Stiftungsurkunde einerseits und die Stiftungszusatzurkunde andererseits zusammengefasst (vgl § 10 Abs 1 PSG),¹⁹⁾ doch ist es für die Errichtung der Stiftung ausreichend, wenn eine Stiftungsurkunde in der hierfür vorgesehenen Form errichtet wird. Eine Stiftungszusatzurkunde ist nicht zwingend vorgesehen.²⁰⁾

Dass es das PSG einem Stifter ermöglicht, seine Stiftungserklärung in zwei getrennten Urkunden zu errichten, nämlich der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde, hat der OGH in E 7 Ob 53/02y ausdrücklich festgehalten (wobei – wie der OGH unter Verweis auf § 12 Abs 2 Z 1 PSG ausführte – nur die Stiftungsurkunde, nicht aber die Stiftungszusatzurkunde, bei der Anmeldung der Privatstiftung dem Firmenbuchgericht vorzulegen²¹⁾ und sodann in die Urkundensammlung des Firmenbuches aufzunehmen ist), doch darf eine Zusatzurkunde gem § 10 Abs 2 PSG nur errichtet werden, wenn hierauf in der Stiftungsurkunde hingewiesen wird.²²⁾ Die Stiftungszusatzurkunde muss nicht zeitgleich mit der Stiftungsurkunde errichtet werden. Der Eintragung der Stiftungszusatzurkunde kommt lediglich deklarative Wirkung zu.²³⁾

2.2 Auslegung der Stiftungserklärung

Das PSG selbst enthält keine Bestimmungen über die Auslegung der Stiftungserklärung. Der in der Literatur²⁴⁾ vertretenen Auffassung, wonach im „vermögensrechtlichen Teil“ der Stiftungserklärung dem Stifterwillen jedenfalls Vorrang einzuräumen ist, während im „organisationsrechtlichen Teil“ – mithin dort, wo infolge Außenwirkung Interessen Dritter betroffen sein können – die Stiftungserklärung „nach ihrem Wortlaut und Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang objektiv“ auszulegen ist, ist der OGH in E 6 Ob 116/01d offenbar gefolgt. Die für Satzungen juristischer Personen entwickelten Interpretationsregeln sollen dabei anwendbar sein.²⁵⁾

Ob dies auch für die Privatstiftung von Todes wegen gilt, ist fraglich.²⁶⁾ Zur Problematik einer wegen eines Formmangels

13) Vgl *Diregger/Winner*, Fragen der Gestaltungsfreiheit im Privatstiftungsrecht, in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 122 ff mwN.

14) Vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 3 Rz 8; *Strimitzer*, Die Kapitalgesellschaft als Stifter, FJ 1995, 118.

15) Vgl OGH 13.9.2001, 6 Ob 189/01i in EvBl 2002/24 = RdW 2002/83 = wbl 2002/93 = GesRZ 2002, 212 = RWZ 2002/3 (Wenger). Zur Eigenkapitalersatzproblematik vgl *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersatzende Leistungen, 88.

16) Vgl hierzu C. *Nowotny*, Urkunden und Privatstiftung, in *Gassner/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis, 134; *Briem*, Aktuelle Judikatur zum Privatstiftungsgesetz, SWK 2002, 1412.

17) Vgl hierzu *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 33 Rz 10; *N. Arnold*, PSG-Kommentar § 33 Rz 49 f mwN; *Enzinger*, Treuepflicht bei Gemeinschaftsverhältnissen außerhalb von Gesellschaften, JBl 2003, 648 f.

18) OGH 31.1.2002, 6 Ob 305/01y in RdW 2002/286 = wbl 2002/186 = JBl 2002, 723 = ecoloex 2002/318: „Im vorliegenden Fall sieht die Stiftungsurkunde zwei (gleichberechtigte) Mitstifter vor, denen ... das Recht zur Bestellung und Abberufung des Vorstands – wie auch zur Änderung der Stiftungsurkunde – nur gemeinsam zukommt. ... Aus den vom Revisionsrekurswerber angesprochenen Überlegungen zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht des Mitstifters könnte – sollten tatsächlich wichtige Gründe für die Abberufung des Stiftungsvorstands vorliegen – der zweite Mitstifter verpflichtet sein, die Abberufung des Vorstands gemeinsam mit dem Revisionsrekurswerber vorzunehmen.“

19) OGH 7.5.2002, 7 Ob 53/02y in GeS 2002, 79 = RdW 2002/496 = GesRZ 2002, 214 = ecoloex 2002/352 = JBl 2002, 727 = AstN 2002 H 20,3; ausf hierzu *N. Arnold*, PSG-Kommentar § 10 Rz 2.

20) *N. Arnold*, PSG-Kommentar § 3 Rz 4.

21) Vgl aber *Gurmann*, Die Verpflichtung des Privatstiftungsvorstandes zur Vorlage der Stiftungszusatzurkunde, ecoloex 2002, 640. Für eine Vorlageverpflichtung bei Änderungen der Stiftungszusatzurkunde nach § 33 Abs 2 PSG, *N. Arnold*, PSG-Kommentar § 33 Rz 61.

22) Vgl *Pittl*, Errichtung und Entstehung von Privatstiftungen, NZ 2000, 263; *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum PSG, 29.

23) OGH 7.5.2002, 7 Ob 53/02y in GeS 2002, 79 = RdW 2002/496 = GesRZ 2002, 214 = ecoloex 2002/352 = JBl 2002, 727 = AstN 2002 H 20,3.

24) *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum PSG, 33; *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 9 Rz 3 f; *Pittl*, NZ 2000, 257; *N. Arnold*, PSG-Kommentar § 9 Rz 31 ff.

25) OGH 6.6.2001, 6 Ob 116/01d in GesRZ 2002, 33 = RdW 2001/560 = ecoloex 2001/349.

26) Vgl *Schauer*, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum PSG, 115.

unwirksamen letztwilligen Stiftungserklärung führte der OGH aus, dass diesfalls zu versuchen sei, dem erblasserischen Willen im Wege der Konversion möglichst nahe zu kommen, etwa im Sinne einer Umdeutung in eine an den Erben gerichtete Auflage.²⁷⁾

2.3 Vorstiftung

Wie vorhin bereits ausgeführt, unterscheidet § 7 Abs 1 PSG terminologisch zwischen der *Errichtung* der Stiftung mittels Stiftungserklärung einerseits und der *Entstehung* der Privatstiftung mit der Eintragung in das Firmenbuch andererseits.²⁸⁾ Für den Zeitraum zwischen Errichtung und Entstehung der Privatstiftung hat der OGH in E 6 Ob 189/01i – unter Verweis auf die in der Lit vertretenen Ansicht²⁹⁾ – die Existenz einer Vorstiftung bejaht:

„Die Lehre geht – ähnlich wie bei Kapitalgesellschaften – von der Existenz einer rechtsfähigen Vorstiftung im Zeitraum zwischen Errichtung und Entstehung aus. So leitet *Czoklich* (Handbuch zum PSG, 52) aus einer Reihe von Bestimmungen des PSG ... überzeugend ab, dass schon die Vorstiftung Eigentümer, Gläubiger und Schuldner sein kann. Im Sinn der zur Vorgesellschaft vertretenen Auffassung könne daher auch die Vorstiftung bereits Verträge abschließen und Schenkungen annehmen.“³⁰⁾

3. Organe der Privatstiftung

3.1 Einrichtung von Stiftungsorganen

§ 14 Abs 1 PSG zählt die obligatorischen Organe der Privatstiftung auf. Zu diesen gehören der Stiftungsvorstand, der Stiftungsprüfer und allenfalls auch der Aufsichtsrat. Abs 2 leg cit gestattet es dem Stifter, weitere Organe einzusetzen.³¹⁾ Dass die in der Literatur strittige Frage des Organbegriffs nicht bloß rechtstheoretischer Natur ist, zeigen etwa die Bestimmungen der §§ 21 und 31 PSG, wonach der Stiftungsprüfer Stiftungsorganen nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet ist bzw jedes Stiftungsorgan zur Wahrung des Stiftungszwecks die Anordnung einer Sonderprüfung beantragen kann.

Was sind aber nun nach Ansicht des OGH die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Organs iSv § 14 Abs 2 PSG?

Während sich in der Literatur *Strasser*³²⁾, *N. Arnold*³³⁾ und zuletzt *G. Nowotny*³⁴⁾ näher mit dem Organbegriff auseinandergesetzt haben, befand der OGH, dass jedenfalls nicht jeder, der irgendeinen Einfluss oder irgendeine Gestaltungsmöglichkeit in der Privatstiftung hat, deswegen automatisch

Organ ist. Auch der Stifter selbst ist grundsätzlich kein Stiftungsorgan:³⁵⁾

„Allein aufgrund der Stiftern in der Stiftungserklärung gemeinsam eingeräumten Befugnis, im gegenseitigen Einvernehmen Vorstandsmitglieder abzurufen und deren Nachfolger zu bestellen, kommt diesen noch keine Organstellung zu; hier bedarf es neben der Bestellungskompetenz noch weiterer durch die Stiftungserklärung eingeräumter Funktionen wie etwa Kontroll- und Einflussrechte auf Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens. Mangels derartiger Regelungen vermittelt die vorliegende Stiftungserklärung den Stiftern keine Organstellung.“³⁶⁾

Damit bekräftigte der OGH seine Judikatur, wonach die ordnungsgemäße Einrichtung eines Stiftungsorgans iSd § 14 Abs 2 PSG neben der Nennung dieses Organs auch eine zumindest grobe Umschreibung dessen Organisationsstruktur und Kompetenzen voraussetzt:

„Im vorliegenden Fall enthält die Stiftungsurkunde lediglich den Vorbehalt der Stifter, entweder anlässlich der Gründung der Stiftung oder zu einem späteren Zeitpunkt selbst oder durch den Stiftungsbeirat weitere Organe, wie beispielsweise einen Beirat, zu bestellen oder bestellen zu lassen und dessen Aufgaben und Befugnisse festzulegen. Die Stiftungsurkunde legt weder fest, ob und durch wen das Organ dann schließlich errichtet werden soll, geschweige dann, dass sie die Aufgaben und Befugnisse des allfällig zu errichtenden Organs auch nur andeutungsweise aufzeigt. ... Die Stifter haben damit ein ‚geheimes‘ Gremium errichtet, dem keine Organstellung iSd § 14 Abs 2 PSG zukommt.“³⁷⁾

27) OGH 3.9.1996, 10 Ob 2204/96g in JBl 1997, 643 = *ecolex* 1997, 85 (*Wilhelm*) = NZ 1998, 144 = SZ 69/197 = HS 27.356 = HS 27.252. 28) *PiHl*, NZ 2000, 257.

29) Vgl zB *Czoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Czoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum PSG, 52; *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 7 Rz 11.

30) OGH 13.9.2001, 6 Ob 189/01i in EvBl 2002/24 = RdW 2002/83 = wbl 2002/93 = *GesRZ* 2002, 212 = *RWZ* 2002/3 (*Wenger*).

31) Vgl hiezu OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01w in RdW 2001/561 = *ecolex* 2001/348 = *GesRZ* 2002, 30 = NZ 2002/131 = wbl 2002/325.

32) *Strasser*, Gedanken zu einem aus Begünstigten zusammengesetzten Beirat einer Privatstiftung, JBl 2000, 487.

33) *N. Arnold*, Die Organstellung einer Stifternversammlung und ‚geheime‘ Organe, RdW 2003/149.

34) *G. Nowotny*, Gedanken zum Organbegriff im PSG, *ecolex* 2003, 418.

35) So ausdrückl OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01w in RdW 2001/561 = *ecolex* 2001/348 = *GesRZ* 2002, 30 = NZ 2002/131 = wbl 2002/325; ebenso OGH 12.12.2002, 6 Ob 291/02s in RdW 2003/165 = *GesRZ* 2003, 103; OGH 31.01.2002, 6 Ob 305/01 y in RdW 2002/286 = wbl 2002/186.

36) OGH 12.12.2002, 6 Ob 291/02 s in RdW 2003/165 = *GesRZ* 2003, 103.

37) OGH 31.1.2002, 6 Ob 305/01y in RdW 2002/286 = wbl 2002/186 = JBl 2002, 723 = *ecolex* 2002/318; tw krit hiezu *Torggler*, JBl 2002, 726; *N. Arnold*, RdW 2003/149.

Zudem kann – weil die Schaffung „geheimer“ Organe unzulässig sein soll³⁸⁾ – ein Organ iSd § 14 Abs 2 PSG nur in der Stiftungsurkunde, nicht jedoch in der Zusatzurkunde eingerichtet werden:

„Die in § 9 Abs 2 Z 4 PSG angeführte Einrichtung weiterer Organe iSd § 14 Abs 2 PSG muss ... in der Stiftungsurkunde selbst vorgenommen werden. ... Die dem Gericht nicht vorzulegende und damit auch nicht in der Urkundensammlung des Firmenbuchs einschbare Stiftungszusatzurkunde reicht dafür nicht aus, würde doch dadurch ein 'geheimes' Organ geschaffen (Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 14 Rz 3; Bruckner/Fries/Fries, Familienstiftung, 55)³⁹⁾“

3.2 Abberufung von Vorstandsmitgliedern

Wie der OGH bereits mehrfach ausgesprochen hat, hängt die Antragslegitimation und Beteiligtenstellung im Verfahren über die Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern nach § 27 PSG – dh „wenn dies die Stiftungserklärung vorsieht oder sonst ein wichtiger Grund vorliegt“ – im wesentlichen vom Inhalt der die Organisation der Stiftung festlegenden Stiftungserklärung ab.⁴⁰⁾ Es soll daher nun den Fragen nachgegangen werden, wann denn ein sog „wichtiger Grund“ vorliegt sowie – zuvorderst – ob bzw wem in der Stiftungserklärung die Kompetenz eingeräumt werden kann, den Stiftungsvorstand auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen.

3.2.1 Kompetenz zur Abberufung ohne wichtigen Grund

In E OGH 12.05.1997, 6 Ob 39/97x entschied der OGH, dass einem aus Begünstigten zusammengesetzten Stiftungsbeirat nicht die Kompetenz eingeräumt werden darf, den Stiftungsvorstand ohne Beschränkung auf einen wichtigen Grund abberufen:

„Die Installierung eines nur mit Begünstigten besetzten Beirates einer Privatstiftung, der unter anderem ermächtigt ist, Mitglieder des Stiftungsvorstandes ohne Beschränkung auf einen wichtigen Grund abberufen, ist in Folge Interessenkollision und zur Vermeidung der Umgehung der Unvereinbarkeitsbestimmungen unzulässig.“⁴¹⁾

Großzügiger hat sich hier das OLG Wien gezeigt. Gegenständig waren allerdings – wie das OLG Wien betonte – nicht etwa Kompetenzen eines Beirates, sondern die Frage, ob sich der Stifter selbst auf unbestimmte Zeit das Recht zur Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern – auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes – vorbehalten kann. Das OLG Wien vermeinte hiezu im wesentlichen,

dass dem Gesetz keine Beschränkung der Abberufungsmöglichkeit des Vorstandes auf wichtige Gründe entnehmbar sei.⁴²⁾

In E 6 Ob 60/01v – der OGH hatte nun die Frage der Zulässigkeit eines freien Abberufungsrechts durch den Stifter selbst zu entscheiden – bestätigte der OGH unter Verweis auf einschlägige Lit⁴³⁾ – zuvorderst nochmals seine Rechtsansicht, dass ein Stifter einem *Dritten* nicht das Recht einräumen kann, den Vorstand bzw. Vorstandsmitglieder jederzeit ohne sachliche Begründung abberufen:

„Die Einräumung einer völlig freien Abberufungsbefugnis schränkt die Geschäftsführung des Vorstandes unzulässig ein und führt im Ergebnis dazu, dass der zur Abberufung Berechtigte in alle Vorstandsangelegenheiten eingreifen kann; sie bringt die Gefahr mit sich, dass der Vorstand zum bloßen Vollzugsorgan degradiert wird. Der Abberufungsberechtigte könnte so dem Vorstand einen Willen aufzwingen, der nicht jenem des Stifters entspricht, den zu erfüllen die Aufgabe des Vorstandes ist.“⁴⁴⁾

Was nun die Frage der Zulässigkeit eines freien Abberufungsrechts durch den Stifter selbst anbelangt, so konze-

38) Vgl Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 14 Rz 3.

39) OGH 31.1.2002, 6 Ob 305/01y in RdW 2002/286 = wbl 2002/186 = JBl 2002, 723 = ecollex 2002/318.

40) OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01w in RdW 2001/561 = ecollex 2001/348 = GesRZ 2002, 30 = NZ 2002/131 = wbl 2002/325; ebenso OGH 6.6.2001, 6 Ob 116/01d in GesRZ 2002, 33 = RdW 2001/560 = ecollex 2001/349; OGH 31.1.2002, 6 Ob 305/01y in RdW 2002/286 = wbl 2002/186 = JBl 2002, 723 = ecollex 2002/318: „Beteiligte, die berechtigt sind, einen Antrag auf Abberufung des Vorstandes zu stellen, sind neben den Begünstigten in erster Linie die Stiftungsorgane und deren Mitglieder. Ein Mitstifter ist allein aufgrund dieser Eigenschaft noch nicht Beteiligter; wenn nach der Stiftungsurkunde zwei Mitstiftern das Recht zur Bestellung und Abberufung des Vorstandes nur gemeinsam zukommt, so ist ein Mitstifter alleine nicht antragslegitimiert.“ Gleiches gilt auch für das Verfahren zur Bestellung des Stiftungsprüfers (OGH 10.10.2002, 6 Ob 231/01t in RdW 2003/114).

41) OGH 12.5.1997, 6 Ob 39/97x in EvBl 1997/177 = JBl 1997, 776 = GesRZ 1997, 191 = RdW 1997, 534 = ecollex 1997, 85 = SZ 70/92 = ARD 4882/21/97 = HS 27.253 = HS 27.254. Vgl hiezu ua Reich-Rohrwig/Gröss, Zur Abberufung des Stiftungsvorstandes, ecollex 2003, 104 mwN.

42) OLG Wien 31.5.1999, 28 R 244/98b in GesRZ 1999, 259 = ecollex 1999, 694 (Torggler) = NZ 2000, 120 = wbl 2000/113.

43) Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 15 Rz 20 f; Nowotny, Die Organisation der Privatstiftung, in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch zum PSG, 158; Torggler, GesRZ 1997, 150; Pittl, NZ 1999, 202; Spielvogel, Die schweizerische und österreichische Privatstiftung im Vergleich, 120; Bruckner/Fries/Fries, Die Familienstiftung, 27 f; Stern, OGH zur Familienstiftung: Einfluß der Begünstigten auf Vorstandsbestellung unzulässig, RdW, 1997, 521; Doralt, Zur Bestellung der Vorstandsmitglieder und des Stiftungsprüfers bei Privatstiftungen durch Begünstigte oder ein von Begünstigten gebildetes Gremium, GesRZ 1997, 125; Strasser, JBl 2000, 487.

44) OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01v in RdW 2001/502 = wbl 2002/94 = ecollex 2003/51 = GesRZ 2002, 27.

dierte der OGH – unter Hinweis auf das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands einerseits und dem Primat des Stifterwillens andererseits – ausdrücklich, dass „auch gute Argumente dafür sprechen, dass sich ein Stifter selbst die Möglichkeit einräumen könnte, den Vorstand, den er selbst bestellt hatte, jederzeit und ohne sachlichen Grund wieder abberufen“, doch liege all diesen Argumenten der Gedanke zugrunde, dass der Inhalt der Stiftungserklärung und die spätere Abberufung des Vorstands vom Willen ein und derselben Stifterpersönlichkeit getragen wird. Dies sei aber gegenständlich nicht notwendigerweise der Fall, nachdem die Stifterin eine Personengesellschaft⁴⁵⁾ sei und folglich nicht sichergestellt sei, dass – infolge Veränderungen im Gesellschafterstand der Stifterin – die Abberufung von Vorstandsmitgliedern vom Willen desselben Stifters getragen wird, der die Stiftungsurkunde errichtet und den Vorstand bestellt hat.⁴⁶⁾

Offen bleibt damit freilich, ob sich nun etwa eine natürliche Person als Stifter ein „freies Abberufungsrecht“ vorbehalten kann. Die Argumentation des OGH bietet darüber hinaus Platz für Spekulationen, ob das für Personengesellschaften Gesagte auch für juristische Personen als Stifter gelten soll,⁴⁷⁾ ist doch auch – und gerade – diese von „rasch wechselnden Entscheidungsträgern“⁴⁸⁾ geprägt. Wollte man dies bejahen, müsste man aber konsequenterweise auch Personengesellschaften das Recht auf Widerruf der Stiftung verwehren,⁴⁹⁾ ja allenfalls – will man vom Primat des Stifterwillens keinen Millimeter abweichen – selbst das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung von der Bedingung abhängig machen, dass den hinter der Stiftergesellschaft stehenden Personen zumindest ein Zustimmungrecht zukommt.

3.2.2 Abberufung von Vorstandsmitgliedern aus wichtigem Grund

Sind also eine Reihe von bedeutenden Fragen insbesondere im Zusammenhang mit der Abberufung des Stiftungsvorstands nach wie vor ungeklärt, so hat uns der OGH – erfreulicherweise – im Laufe der letzten Jahre mit einer Reihe von Urteilen zur Frage beschert, wann denn ein wichtiger Grund iSd § 27 Abs 2 PSG vorliegt.⁵⁰⁾ Abzustellen ist dabei stets auf den Gesichtspunkt des Funktionierens der Privatstiftung, mithin, ob die Verfolgung des Stiftungszwecks in Zukunft gewährleistet ist.⁵¹⁾ Dabei ist zwar – mit Rücksicht auf die bei der Privatstiftung fehlenden Kontrollmechanismen – kein strenger Maßstab zu Grunde zu legen,⁵²⁾ doch können nichtsdestotrotz etwa auch Interessenkollisionen, die (noch) keine Unvereinbarkeit nach § 15 PSG darstellen, einen wichtigen Grund für die Abberufung eines Vorstandsmitgliedes nach § 27 Abs 2 PSG bilden, wenn eben

dadurch „die Verfolgung des Stiftungszweckes bei Vollziehung der vom Stifter vorgesehenen Begünstigtenregelung nicht mit ausreichender Sicherheit gewährleistet ist.“⁵³⁾

Wurde über ein Mitglied des Stiftungsvorstands – aus welchem Grund immer – Untersuchungshaft verhängt, so erübrigen sich Erwägungen dahingehend, dass nach Art 6 Abs 2 EMRK die Unschuldvermutung gelte, eine „grobe Pflichtverletzung“ (§ 27 Abs 2 Z 1 PSG) des inhaftierten Vorstandsmitglieds daher (noch) nicht bewiesen sei, ist doch diesfalls jedenfalls der Abberufungsgrund der Z 2 leg cit, nämlich die „Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Stiftungsvorstands zur Erreichung des Stiftungszwecks“, gegeben.⁵⁴⁾ Die Mitglieder sämtlicher Stiftungsorgane sind im übrigen nicht bloß berechtigt, sondern

45) Vgl allg hiezu *Torggler, Personengesellschaft und Privatstiftung*, in FS *Krejci*, 927; *Hochedlinger, Personengesellschaften als Stifter* (demnächst in RdW).

46) Zur Problematik ausf vgl *Reich-Rohrwig/Gröss, eolex* 2003, 103.

47) Vgl C. Nowotny, *Stifterrechte – Möglichkeiten und Grenzen*, JBl 2003, 780; *Briem, Aktuelle Judikatur zum Privatstiftungsgesetz*, SWK 2002, 1412. Betrachtet man freilich die Judikatur des OGH zum Wesen von Gesamthandgesellschaften näher, so liegt mE wohl der Schluss nahe, dass der OGH in E 6 Ob 60/01v die Gesamthandgesellschaft als Stifterpersönlichkeit weniger als „mit juristischen Personen eng verwandt“ (vgl *Torggler, Personengesellschaft und Privatstiftung*, in FS *Krejci*, 928) angesehen hatte, sondern vielmehr seiner auf der sog „Vielheitslehre“ basierenden Judikatur folgte und sich dabei (wieder einmal) in den Ambivalenzen der traditionellen Gesamthandlehre verstrickte (ausföhrlich hiezu *Hochedlinger, GesRZ* 2002, 186 ff). Rechtsträger der Gesamthand ist demnach nicht die Gesellschaft, sondern deren Gesellschafter. Konsequenterweise müsste dies aber dann zur Folge haben, dass bei Gesamthandgesellschaften die Stifterpersönlichkeit – anders als bei einer juristischen Person als Stifterin – nicht die Gesellschaft ist, vielmehr wären deren Gesellschafter als Stifter zu qualifizieren, womit das Tor zum Stifterwechsel (uzw im Wege eines Gesellschafterwechsels) geöffnet wärel. Dieses Tor soll aber freilich geschlossen bleiben, und der OGH schiebt auch gleich einen Riegel davor, indem er ausführt: „Ein Wechsel in der Person der Gesellschafter ändert zwar nichts an der Rechtspersönlichkeit der ‚unsterblich‘ gewordenen Stifterin, beeinflusst aber maßgeblich Willensfindung und Entscheidungsinhalte der Stifterin zum jeweiligen Entscheidungszeitpunkt.“ Genau das gilt aber – wie vorhin ausgeführt – auch etwa bei einer GmbH als Stifterin! Ausföhrlich hiezu *Hochedlinger, Personengesellschafter als Stifter* (demnächst in RdW).

48) Vgl ErlRV zu § 34 PSG.

49) Vgl hiezu *Torggler, Personengesellschaft und Privatstiftung*, in FS *Krejci*, 935 f.

50) Vgl zB E OGH 15.7.1999, 6 Ob 74/99x in JBl 2000, 49 = *GesRZ* 1999, 264 = *RdW* 1999, 718: „Wird für ein gültig bestelltes Vorstandsmitglied einer Privatstiftung ein Sachwalter bestellt, so stellt dieser Umstand für die Abberufung durch das Firmenbuchgericht jedenfalls einen wichtigen Grund im Sinne des § 27 Abs 2 PSG dar, wenn sämtliche Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Privatstiftung ausdrücklich zum Inhalt der Sachwalterschaft gemacht wurden.“

51) OGH 15.7.1999, 6 Ob 74/99x in *RdW* 1999, 718 = JBl 2000, 49 = *GesRZ* 1999, 264.

52) Vgl *Hochedlinger in Hasch & Partner, PSG*, 132 mwN.

53) OGH 14.12.2000, 6 Ob 278/00a in *RdW* 2001/310 = *wbl* 2001/316 = *ecolex* 2001/312 = *GesRZ* 2001, 95.

54) OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01w in *RdW* 2001/561 = *ecolex* 2001/348 = *GesRZ* 2002, 30 = *NZ* 2002/131 = *wbl* 2002/325.

verpflichtet, bei Vorliegen eines Abberufungsgrundes einen entsprechenden Antrag an das Gericht zu stellen.⁵⁵⁾

Eine Wiederbestellung von abberufenen Vorstandsmitgliedern einer Stiftung ist zulässig, wenn der zur Abberufung führende wichtige Grund weggefallen ist.⁵⁶⁾

4. Miet-, familien- und erbrechtliche Miscellen

4.1 Erbrecht

In der Literatur wurde und wird die Ansicht vertreten, dass die Bestimmungen des § 785 ABGB analog auf Zuwendungen an Stiftungen anzuwenden sind, mit der Folge, dass derartige Zuwendungen auf Verlangen eines pflichtteilsberechtigten Kindes oder des pflichtteilsberechtigten Ehegatten des Stifters bei der Berechnung des Pflichtteils „in Anschlag zu bringen (sind).“ Ausgenommen hiervon sind nach § 785 Abs 3 ABGB – abgesehen von Schenkungen zu gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken⁵⁷⁾ – lediglich solche Zuwendungen, die früher als zwei Jahre vor dem Tod des Stifters erfolgt sind.⁵⁸⁾ Hat sich aber der Stifter das Widerrufsrecht vorbehalten, so soll seine Vermögenszuwendung als noch nicht entgeltlich „gemacht“ gelten, was zur Folge hat, dass die Zweijahresfrist nicht zu laufen beginnt.⁵⁹⁾

Dieser Ansicht dürfte sich der OGH in E 6 Ob 180/01s angeschlossen haben. Obzwar nur am Rande mit erbrechtlichen Problemen befaßt, bejahte der OGH darüber hinaus – unter Verweis auf die einschlägige Literatur⁶⁰⁾ – offenbar die grundsätzliche Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 785 ABGB für mehr als zwei Jahre zurückliegende Vermögenswidmungen, wenn diese in Umgehungsabsicht⁶¹⁾ getroffen wurden.⁶²⁾

4.2 Mietrecht

Nicht nur aus den eben skizzierten erbrechtlichen, sondern uU auch aus familienrechtlichen Gründen – ebenso wie die Frist des § 785 Abs 3 ABGB soll die 2-Jahresfrist des § 91 EheG erst nach Widerrufsverzicht des Stifters zu laufen beginnen⁶³⁾ – sowie aus haftungsrechtlichen Erwägungen⁶⁴⁾ wird in praxi zuweilen empfohlen, der Stifter möge auf sein Widerrufsrecht verzichten.⁶⁵⁾

Dem stand – von steuerlichen Argumenten abgesehen – die Überlegung entgegen, dass ein Vorbehalt des Widerrufs allenfalls eine Mietzinsanhebung nach § 12a MRG abwenden könne.⁶⁶⁾ Weil für die Dauer eines möglichen Widerrufs der Stifter das Stiftungsvermögen jederzeit an sich ziehen könne, sei für eben diesen Zeitraum noch eine „wirtschaftliche“ Identität der Privatstiftung mit dem Stifter anzunehmen,

weswegen bei der „Einbringung“ von Geschäftsanteilen in die Stiftung die Voraussetzungen des § 12a Abs 3 MRG – rechtlicher und wirtschaftlicher Machtwechsel in der Mietergesellschaft – nicht vorlägen.⁶⁷⁾

Derartigen Überlegungen hat jedoch der OGH eine Absage erteilt.⁶⁸⁾

„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 und verwirklicht somit den Anhebungsbestand des § 12 a Abs 3 MRG. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Stifter den Widerruf vorbehalten hat.“⁶⁹⁾

55) Vgl Hochedlinger in Hasch & Partner, PSG, 132 mwN; Bruckner/Fries/Fries, Die Familienstiftung, 32 f. OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01w in RdW 2001/561 = eolex 2001/348 = GesRZ 2002, 30 = NZ 2002/131 = wbl 2002/325.

56) OGH 6.6.2001, 6 Ob 116/01d in GesRZ 2002, 33 = RdW 2001/560 = eolex 2001/349.

57) Zur gemeinnützigen Stiftung vgl zB Schwar, Gemeinnützige Stiftungen und Fonds in Österreich, GeS 2003, 192; Jud, Die Privatstiftung zur Begünstigung der Allgemeinheit, JBl 2003, 771.

58) Vgl Schauer in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 8 Rz 31; Umlauf, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht, 178 f.

59) Ausführlich hiezu Schauer, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 252; ebenso ders, Privatstiftung und Erbrecht, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis, 30; ders in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 8 Rz 30 ff; ders, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung, in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch zum PSG, 131ff; Pittl, NZ 2000, 259; Briem, Die zivilrechtlichen Regelungen des Privatstiftungsgesetzes, in Bank Austria (Hrsg), Privatstiftungsgesetz, 19 f; differenzierend Umlauf, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht, 179 ff.

60) Schauer, NZ 1993, 251; ders, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung, in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch zum PSG, 107.

61) Vgl hiezu Schauer, NZ 1993, 256.

62) OGH 23.8.2001, 6 Ob 180/01s in JBl 2002, 176 = eolex 2002/1.

63) Vgl hiezu Csoklich, Privatstiftung und Scheidung, RdW 2000/371.

64) Auch die Anfechtungsfristen nach der Anfo oder – wenn der Stifter in Konkurs fällt – nach §§ 27 ff KO sollen erst ab Widerrufsverzicht zu laufen beginnen (vgl Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 34 Rz 7; Briem, Die zivilrechtlichen Regelungen des Privatstiftungsgesetzes, in Bank Austria (Hrsg), Privatstiftungsgesetz, 21; Pittl, NZ 2000, 260).

65) Vgl Hochedlinger/Hasch, ‚Exekutionssichere‘ Gestaltung von Stiftungserklärungen, RdW 2002/190.

66) Zur Problematik auf N. Arnold, Die Privatstiftung im Anwendungsbereich des § 12a MRG, wobl 2003, 97.

67) So Reich-Rohrwig, Mietzinserhöhung bei Geschäftsraum-Hauptmiete, eolex spezial 1994, 74.

68) Vgl Wolfmair in Hasch & Partner, PSG, 155.

69) OGH 12.6.2001, 5 Ob 307/00h in RdW 2001/746 = eolex 2001/347 = immolex 2001/175 = wobl 2001/198 = EWr I/12a/226 = MietSlg 53.297. Krit hiezu Vonkilch, Einbringung von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung und § 12a MRG, immolex 2001, 330. E 5 Ob 307/00h jedoch bestätigend OGH 27.9.2001, 5 Ob 228/01t in RdW 2002/77 = eolex 2002/103 = wobl 2002/36 = immolex 2002/47 = EWr I/12a/231 = MietSlg 53.298: „Die Übertragung sämtlicher Aktien an eine neu errichtete Privatstiftung stellt eine sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich entscheidende Änderung in der Mietergesellschaft gem § 12 a Abs 3 MRG dar und führt insofern zum Anhebungsrecht des Ver-

4.3 Unterhaltsrecht

Eine „Schnittstelle“ zwischen dem Privatstiftungsrecht einerseits und familienrechtlichen Aspekten andererseits bildet nicht nur die vorhin zitierte Bestimmung des § 91 EheG;⁷⁰⁾ in E 2 Ob 295/00x hat der OGH klar ausgesprochen, dass unterhaltsrechtliche Verpflichtungen nicht einfach damit umgangen werden können, indem der Unterhaltspflichtige eine Privatstiftung errichtet, sein Vermögen dieser zuwendet und sodann damit argumentiert, er besäße weder über nennenswertes Vermögen noch – weil in der Stiftungsurkunde eben nicht vorgesehen – einen Rechtsanspruch auf Begünstigungen. Dass es auch gar nicht auf das tatsächliche Einkommen des Stifters ankommt, hat der OGH unter Verweis auf den sog Anspannungsgrundsatz⁷¹⁾ dargelegt: Derjenige, der die Obliegenheit verletzt, eine seinen Fähigkeiten entsprechende und zumutbare Erwerbstätigkeit zu entfalten, muss sich ein nach den Gegebenheiten erzielbares potentiell höheres Einkommen anrechnen lassen.

Was die Zuwendung von Vermögen gegenüber der Stiftung und die darin vorgenommene Veranlagung anbelangt, so führte der OGH wie folgt aus:

„Der Unterhaltspflichtige ist auch auf die bei entsprechender Sorgfalt erzielbaren Vermögenserträge anzuspan-

nen; es ist daher auch Kapital unter Abwägungen von Ertrag und Risiko möglichst erfolgversprechend anzulegen. ... Bei sorgfaltswidriger Verwendung des Vermögensstammes ist nach dem Anspannungsgrundsatz auch bereits verbrauchtes (hypothetisches) Vermögen in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Umsomehr müssen auch fiktive Erträge des – unterhaltsrechtlich – sorgfaltswidrig verwendeten (nicht mehr vorhandenen) Vermögens bei der Unterhaltsbemessung berücksichtigt werden. Schädigungsabsicht ist nicht erforderlich. In Anwendung dieser Grundsätze ist im Falle einer Stiftung dem Stifter, dem die Erträge der Stiftung widmungsgemäß nicht zukommen, jenes Einkommen, das aus dem Vermögen, dessen er sich zugunsten der Stiftung begeben hat, erzielbar gewesen wäre, bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen.“⁷²⁾

mieters. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Stifter den Widerruf vorbehalten hat, da trotz der Möglichkeit, die Privatstiftung zur Beendigung zu bringen, diese ungeachtet dessen mit Eintragung ins Firmenbuch entstanden ist und eine Abwicklung bei allfälligem Widerruf jedenfalls ex nunc zu erfolgen hat.“

70) Vgl hierzu Csoklich, Privatstiftung und Scheidung, RdW 2000/371.

71) Dazu Pichler, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht, ÖA 1976, 53; Gitschthaler, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht – 20 Jahre später, ÖJZ 1996, 533.

72) OGH 23.11.2000, 2 Ob 295/00x in EFSIlg 91.858 = EFSIlg 91.859 = EFSIlg 91.862 = RZ-EÜ 2001/25.