

# STIFTUNGSWESEN

STIFTUNGSRECHT UND VERMÖGENSVERWALTUNG

Dezember 2014 / Nr. 4, Seiten 149–212

Mit Jahresübersicht 2014 zum Herausnehmen

## Aufsätze

- 152 Die Aufgaben des Stiftungsprüfers im Zusammenhang mit unzulässigen Substanzauszahlungen an Begünstigte  
(Regina Reiter)
- 156 Die fehlerhafte Privatstiftung  
(Gerhard Hochedlinger)

## Liechtenstein aktuell

- 173 Beschlossene und geplante Gesetzesänderungen im Jahr 2014  
(Thomas Hosp und Martina Benedetter)

## Judikatur

- 178 Passivlegitimation der Privatstiftung für Klage der Vorstandmitglieder auf Feststellung der Unwirksamkeit einer rechtswidrigen Abberufung
- 185 Rechtsmittellegitimation des Stiftungsvorstands bei Eintragung einer Änderung der Stiftungsurkunde trotz mitgeteilter Bedenken
- 190 Keine Parteistellung der Vorstandmitglieder im stiftungsrechtlichen Eintragungsverfahren
- 195 Keine Parteistellung der Privatstiftung im Abberufungsverfahren
- 196 Zur Frage der restriktiven Ausübung einer Leitungsfunktion liegt eine gesicherte Rechtsprechung vor
- 197 Einrichtung eines aufsichtsratsähnlichen Beirats widerspricht nicht dem Gesetz
- 199 Wegfall des Rechtsschutzinteresses im Abberufungsverfahren bei freiwilliger Mandatsbeendigung der Vorstandmitglieder
- 201 BFG: KEST-Pflicht der Auszahlung von Pflichtteils(-ergänzungs-)ansprüchen durch die verpflichtete Privatstiftung verneint
- 207 BFG: Anrechnung von Zwischenkörperschaftsteuer aus Zeiträumen bis 2010 ab der Veranlagung 2011

Herausgeber: Klaus Oberndorfer, Ernst Marschner

dieser Forderung gegeben oder eine entsprechende Wertberichtigung vorzunehmen ist.

Eine unverzichtbare Prüfungshandlung bei unzulässigen Substanzauszahlungen ist die Prüfung, ob going concern gegeben ist und somit die Bewertungen unter der Prämisse des Fortbestehens der Privatstiftung zulässig sind. Stellt der Stiftungsprüfer wesentliche unberichtigte Fehler im Jahresabschluss oder Lagebericht fest, ist der Bestätigungsvermerk bei sinngemäßer Anwendung des § 274 UGB einzuschränken, unter Umständen sogar zu versagen.

Wenn der Stiftungszweck nicht mehr erreichbar ist, im vorliegenden Fall wegen mangelnder Substanz, kann der Stiftungsprüfer die Auflösung der Privatstiftung durch das Gericht beantragen (§ 35 Abs 3 PSG). Wenn der Stiftungsprüfer erkennt, dass ein Vorstandsbeschluss über die Auflösung nicht zustande kommt und die Mitglieder allfälliger anderer Organe ebenfalls keinen diesbezüglichen Antrag stellen, ergibt sich aus der Organfunktion die Pflicht zur Beantragung der Auflösung durch den Stiftungsprüfer.

## ZIVILRECHT geleitet von Klaus Oberndorfer

### Die fehlerhafte Privatstiftung

Stiftungserklärungen können aus verschiedensten Gründen mangelhaft sein. Das Spektrum reicht dabei von Willens- und Formmängeln, insbesondere mangelhaften oder gar fehlenden Vollmachten, über inhaltlich fehlerhafte oder gegen gesetzliche Verbote verstoßende Stiftungsurkunden bis hin zur Problematik der zum Zeitpunkt der Stiftungserrichtung womöglich nicht (mehr) gegebenen vollen Geschäftsfähigkeit des Stifters. Je nach Art und Schwere des Mangels können diese Fehler zu unterschiedlichen Zeitpunkten aufgegriffen werden (wobei manche Organe und „Stellen“ dazu verpflichtet sind) und zu einer „Vernichtung“ der Stiftungserklärung führen und damit die Privatstiftung in ihrem Bestand berühren.

**Deskriptoren:** Fehlerhafte Privatstiftung, mangelnde Geschäftsfähigkeit, Willensmängel, Anfechtung von Stiftungserklärungen.

**Normen:** §§ 3, 7, 8, 33, 36, 39 PSG.

Von Gerhard Hochedlinger

Bei der Gründung einer Privatstiftung können einem Stifter (und dessen Berater) zahlreiche Fehler unterlaufen. Dieser Beitrag soll einen diesbezüglichen Überblick bieten. Darüber hinaus werden die (unterschiedlichen) Rechtsfolgen aufgezeigt, die verschiedenste Fehler nach

sich ziehen (können), sowie Möglichkeiten zur Mängelbehebung dargelegt. Schließlich wird im Hinblick auf mangelhafte Stiftungserklärungen überblicksartig auf die Prüf- und Sanierungspflichten von im Zusammenhang mit der Gründung von Privatstiftung involvierten Personen und Stellen eingegangen.

Viele der nachstehend erörterten Problembereiche (zB die mangelnde Geschäftsfähigkeit von Stiftern) gelten selbstredend auch für Änderungen von Urkunden bei bereits bestehenden Privatstiftungen; ein gesondertes ausführliches Eingehen auf fehlerhafte Änderungen von Stiftungserklärungen bei schon errichteten Stiftungen in diesem Beitrag würde allerdings dessen Rahmen sprengen.<sup>1</sup> Der wesentliche Unterschied zwischen einer fehlerhaften

<sup>1</sup> Während es sich bei der Errichtung der Stiftungserklärung unstrittig um ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft handelt (vgl. *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung [2011] 25 mwN; *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> [2013] § 7 Rz 3), gibt es in der Literatur Kontroversen zur Empfangsbedürftigkeit von Änderungserklärungen bei bereits im Firmenbuch eingetragenen Privatstiftungen und den daraus resultierenden Rechtsfolgen (vgl. dazu FN 9). In prozessualer Hinsicht kann etwa darauf hingewiesen wer-

den, dass vom OGH in zwei erst kürzlich ergangenen (in diesem Heft abgedruckten) Entscheidungen die Rechtsmittellegitimation des Vorstands im Firmenbuchverfahren zur Eintragung einer Privatstiftung anders gesehen wurde (OGH 26.6.2014, 6 Ob 73/14z: „Nur die Privatstiftung selbst kann die Ablehnung der Eintragung bekämpfen“) als im Genehmigungsverfahren nach § 33 Abs 3 PSG (vgl. OGH 28.8.2014, 6 Ob 98/14a; näher dazu FN 207).

Gründung und einer mit Mängeln behafteten Änderung von Stiftungserklärungen ist schließlich der, dass grundsätzlich nur in ersterem Fall (je nach Art und Schwere des Mangels) die Existenz der Stiftung als solche gefährdet ist. Wenn nachstehend von der Errichtung bzw Entstehung einer Privatstiftung die Rede ist, beziehen sich die Ausführungen auf eine von einem einzigen Stifter zu dessen Lebzeiten gegründete Privatstiftung. Etwaige Besonderheiten bei von mehreren Stiftern errichteten Stiftungserklärungen sowie bei der Privatstiftung von Todes wegen werden jeweils gesondert erörtert.

## 2. Errichtung und Entstehung einer Privatstiftung

Der Vorgang der (originären<sup>2</sup>) Gründung einer Privatstiftung gliedert sich in mehrere Phasen, wobei § 7 PSG nach dem Vorbild der Bestimmungen des § 2 Abs 1 GmbHG sowie des § 34 Abs 1 AktG zwischen den Zeitpunkten der Errichtung und der Entstehung der Privatstiftung unterscheidet und für das Zwischenstadium der Vorstiftung die sogenannte Handelndenhaftung normiert.<sup>3</sup> Für den Fall der Anfechtung fehlerhafter Stiftungen ist in dieser Phase der Vorstiftung zudem die Zeitspanne bis bzw ab etwaigem Vollzug der Vorstiftung zu differenzieren.

Ausweislich der Gesetzesmaterialien zum PSG ist mit der Errichtung der Privatstiftung „die Abfassung einer formgerechten (§ 39 Abs 1) Stiftungserklärung mit dem erforderlichen Mindestinhalt (§ 9 Abs 1)“ gemeint.<sup>4</sup> Auch wenn demnach § 7 Abs 1 PSG von einer „Stiftungserklärung“ spricht und darunter „Stiftungsurkun-

de und Stiftungszusatzurkunde“ verstanden<sup>5</sup> werden: Die bloße Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde reicht für die Errichtung einer Privatstiftung nicht aus,<sup>6</sup> allerdings ist es hinreichend, wenn lediglich eine Stiftungsurkunde (und nicht auch eine Zusatzurkunde) errichtet wird.<sup>7</sup>

Der Tod eines Stifters nach Errichtung der Stiftungserklärung und *argumento a maiori ad minus* auch der Verlust der vollen Geschäftsfähigkeit des Stifters nach Errichtung der Stiftungserklärung hindern die Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch nicht,<sup>8</sup> zumal ja der Stifterwille bereits in der Stiftungserklärung manifestiert ist.<sup>9</sup> Nach § 13 Abs 4 PSG sind diesfalls die Bestimmungen des § 8 Abs 3 bis 5 PSG entsprechend anzuwenden.<sup>10</sup>

Daraus darf jedoch mE nicht abgeleitet werden, dass für den Stifter die Möglichkeit besteht, eine Stiftung unter Lebenden zu errichten und dabei den (ersten) Stiftungsvorstand anzuweisen, die Privatstiftung erst nach dem Ableben des Stifters beim Firmenbuch anzumelden.<sup>11</sup> Auch wenn die hA eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Anmeldung ablehnt,<sup>12</sup> die grundsätzlich nur gegenüber der Privatstiftung bestehende zivilrechtliche Verpflichtung des Vorstands zur Anmeldung der Stiftung (§ 12 PSG) womöglich zahllos ist<sup>13</sup> (und allfällige, in derartigen Fällen grundsätzlich mögliche Ansprüche und Vorgehensweisen gegen den Vorstand jedenfalls dann ins Leere laufen werden, wenn dieser selbst erst nach dem Ableben des Stifters von der Privatstiftung und seiner Vorstandsbestellung erfährt), und der Stifter im Einzelfall gute Gründe dafür haben mag, dass die Öffentlichkeit,

2 Zur Gründung einer Privatstiftung durch Umwandlung einer Stiftung nach dem BStFG s § 38 PSG. Ausf dazu ua *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 13 (56 ff).

3 Näher dazu *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 1 ff u 9 ff; *Werkusch*, Gründung der Privatstiftung, in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts (2001) 71 (73 ff). OGH 13.9.2001, 6 Ob 189/01i, EvBl 2002/24 = GesRZ 2002, 212 = RdW 2002/83, 88 = wbl 2002/93, 130 = RWZ 2002/3, 9 (*Wenger*).

4 ErlRV 1132 Blg NR 18. GP, zu § 7 Abs 1 PSG.

5 *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 10 Rz 2 ff; zur Trennung der Stiftungserklärung in Stiftungsurkunde und Zusatzurkunde vgl auch *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch PSG, 13 (28 f); *Werkusch* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (75).

6 Das ergibt sich auch aus einer Zusammenschau der Gesetzesmaterialien zu § 7 Abs 1 PSG einerseits, in denen auf eine „formgerechte Stiftungserklärung mit dem erforderlichen Mindestinhalt (§ 9 Abs 1)“ verwiesen wird, mit der Bestimmung des § 10 Abs 2 1. Satz PSG andererseits, wonach die Regelungen des § 9 Abs 1 (sowie des Abs 2 Z 1 bis 8 PSG) in die *Stiftungsurkunde* aufgenommen werden müssen.

7 Vgl auch *Hochedlinger*, 10 Jahre Privatstiftungsgesetz: Gelöste und ungelöste Fragen, GES 2003, 472 (473). Wie weiter unten ausgeführt wird, ist die Errichtung einer Stiftungsurkunde unter der aufschiebenden Bedingung der Errichtung bzw der auflösenden Bedingung des Wegfalls einer Zusatzurkunde wohl nicht möglich.

8 Vgl auch OGH 28.8.2014, 6 Ob 98/14a (zur Eintragung einer Änderung der Stiftungsurkunde nach dem Ableben des Stifters).

9 *Pittl*, Errichtung und Entstehung von Privatstiftungen, NZ 2000, 257 (263); ebenso *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 3. Unstrittig kommt es auch nicht darauf an, ob noch zu Lebzeiten des Stifters der (erste) Stiftungsvorstand Kenntnis von der Stiftungserklärung erlangt; vgl dazu insb *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 25 mwN, sowie *Walch*, Änderungsrecht und Tod des Stifters, PSR 2014/24, 119 (122, insb FN 32); zur Frage des Zeitpunkts der Ausübung des stifterlichen Änderungsrechts soll indes lt *Walch* der Zugang der Änderungserklärung beim Stiftungsvorstand entscheidend sein (*Walch*, NZ 2012/142, 372 [373]; *ders*, PSR 2014/24, 119); diesbezügl aA und stets ausschließlich auf die Abgabe der notariellen Erklärung des Stifters abstellend hingegen *Karollus*, Änderungserklärung und Tod des Stifters, in FS Torggler (2013) 585 (591 ff).

10 Vgl dazu *Mondel*, Die Kuratoren im österreichischen Recht<sup>2</sup> (2013) 310.

11 Zu den Mitteilungspflichten nach § 13 FBG siehe die Ausführungen hier weiter unten.

12 *Huber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG (1995) § 12 Rz 3; *Werkusch* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (93); *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 12 Rz 3 f. AA *Geist*, Zur Änderung der Stiftungserklärung durch den Stifter nach Eintragung der Privatstiftung, GesRZ 1998, 79, 151 (153).

13 Vgl *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 12 Rz 5 ff.

insbesondere aber wohl die Nachkommen des Stifters erst nach dessen Ableben von der Stiftung erfahren, hätte der Stifter für diesen Fall richtigerweise eine Privatstiftung von Todes wegen (§ 8 PSG) zu errichten. Wird dennoch eine Privatstiftung unter Lebenden errichtet und erfolgt die Anmeldung der Privatstiftung ganz bewusst erst nach dem Ableben des Stifters (und damit womöglich viele Jahre nach Errichtung der Stiftungserklärung),<sup>14</sup> besteht mE die Gefahr, dass das Firmenbuchgericht (zu dessen Prüfpflichten vgl die Ausführungen weiter unten) die Eintragung einer solchen Stiftung unter Lebenden – durch das zwischenzeitliche Ableben des Stifters wird die Stiftung ja nicht zur einer solchen von Todes wegen<sup>15</sup> – wegen Rechts(form)missbrauchs ablehnt.<sup>16</sup>

Bei der Privatstiftung von Todes wegen (§ 8 PSG) ist der Tod des (einzigen) Stifters Anfangstermin der Stiftung;<sup>17</sup> die Stiftung gilt daher (entgegen dem Wortlaut des § 7 Abs 1 PSG) erst mit dem Ableben des Stifters als errichtet.<sup>18</sup>

Mit der Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch entsteht die Privatstiftung als juristische Person.<sup>19</sup> Darüber hinausgehender behördlicher Genehmigungen im Rahmen einer etwaigen „Überprüfung des Stiftungsaktes“ bedarf es (grundsätzlich<sup>20</sup>) nicht.<sup>21</sup> Allerdings mag es im Einzelfall aufgrund des gestifteten Vermögens (zB grundverkehrsrechtliche Genehmigungen bei Liegenschaften) oder der Person des Stifters (etwa wenn dieser nicht voll geschäftsfähig ist; vgl dazu weiter unten) denkbar sein, dass vor der Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch gewisse gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Genehmigungen einzuholen sind, im Zuge derer jedoch nicht die Stiftungserklärung als solche, sondern wie gesagt das Stiftungsvermögen bzw die Person des Stifters im Fokus stehen.

Im hier interessierenden Zusammenhang der fehlerhaften Errichtung einer Stiftungserklärung stellt sich nun insbesondere die Frage, ob es vom Grundsatz des Entstehens der Stiftung mit Eintragung im Firmenbuch Ausnahmen gibt, ob demnach (alle oder einzelne) Män-

gel, welche einer Stiftungsurkunde anhaften können, mit der Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch geheilt sind, bzw ob – bejahendenfalls von wem und wie – Mängel des Stiftungsgeschäfts noch nach Eintragung der Privatstiftung geltend gemacht werden können (oder gar müssen).<sup>22</sup>

### 3. Exkurs: Die Lehre vom fehlerhaften Verband

Rechtsgeschäfte können an (Wurzel-)Mängeln leiden, die nach allgemeinem bürgerlichen Recht ihre Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit mit Wirkung *ex tunc* zur Folge haben. Diese Rechtsfolgen sollen jedoch insbesondere bei fehlerhaft errichteten Gesellschaften nicht gelten. Die Lehre vom fehlerhaften Verband besagt nämlich, dass Verbände, insbesondere Gesellschaften, die trotz ihres Gründungsmangels registriert oder in Vollzug gesetzt wurden, als wirksam entstanden zu betrachten sind und auch bei fehlerhafter Vertragsgrundlage nicht mehr *ex tunc* beseitigt werden können. Die dogmatische Grundlage dafür ist ua im Verkehrsschutz sowie in der Schwierigkeit der Rückabwicklung zu erblicken. Diejenigen Rechtsfolgen des bürgerlichen Rechts, die eine Abwicklung *ex tunc* vorsehen, wären demnach teleologisch zu reduzieren, wobei die rückwirkende Vernichtung durch eine Rechtsfolgenbeseitigung mit Wirkung *ex nunc* ersetzt wird.<sup>23</sup>

Nach traditioneller Ansicht durchbrochen wird die Lehre vom fehlerhaften Verband allerdings dann, wenn aus gewichtigen Belangen der Allgemeinheit oder bestimmter schutzwürdiger Personen die Anwendung der eben skizzierten Grundsätze unvereinbar scheint.<sup>24</sup> Nach jüngerer, offenbar im Vordringen befindlicher Lehre sollen aber selbst gravierende Mängel – dazu werden idR die Geschäftsunfähigkeit des Gründers sowie qualifizierte Willensmängel (wie etwa die Drohung mit Gewalt) gezählt – keine Ausnahme vom Grundsatz der Abwicklung von Verbänden mit Wirkung *ex nunc* rechtfertigen.<sup>25</sup>

14 Offenbar relativ „großzügig“ im Hinblick auf derartige verspätete Anmeldungen – allerdings im Zusammenhang mit der Eintragung einer Änderung der Stiftungserklärung einer bereits bestehenden Privatstiftung – *Karollus* in FS Torggler, 585 (596, insb FN 40); aA indes *Walch*, PSR 2014/24, 119 (120).

15 *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 13 Rz 16.

16 Zu Intensität und Gegenstand der Prüfung durch das Firmenbuchgericht s *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG (2005) § 15 Rz 17 ff.

17 Die in der Literatur zuweilen verwendete Formulierung, die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen sei mit dem Ableben des Stifters aufschiebend bedingt, ist mE insofern nicht ganz korrekt, weil der Tod einer Person nicht als Bedingung, sondern als Befristung anzusehen ist (vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>3</sup> [2006] 196).

18 Näher dazu *Schauer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 8 Rz 13; *Mondel*, Die Kuratoren im österreichischen Recht<sup>2</sup> 307.

19 *Werkusch* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (73 mwN).

20 Zum Sonderfall einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung für die Errichtung einer Privatstiftung durch eine Gemeinde, vgl OGH 26.6.2014, 6 Ob 73/14z (abgedruckt in diesem Heft).

21 Näher dazu *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 4; vgl auch *Schwar*, Gemeinnützige Stiftungen und Fonds in Österreich, GES 2003, 192.

22 Vgl auch *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 103.

23 Näher dazu *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 1/68 ff; *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 94 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2002) 138 ff; *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband (2002) 137 ff.

24 Vgl dazu f viele zB *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/202; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 3 Rz 14 f.

25 Vgl insb *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 260 ff u 282 ff mwN; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, 149 ff; zurückhaltend kritisch dazu indes *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 3 Rz 14.

## 4. Errichtungsmängel

### 4.1 Formmängel

Gemäß § 10 iVm § 39 PSG bedürfen Stiftungserklärungen der Beurkundung durch Notariatsakt. Für diesen gelten die Vorschriften des § 52 NO; der Notar hat also den gesamten Text der Stiftungserklärung vorzulesen, sich vom ernstlichen Willen des Stifters zu überzeugen und den Stifter über die Rechtsfolgen des Stiftungsaktes zu belehren.<sup>26</sup> Nach §§ 56 ff NO sind zwei Aktszeugen oder ein zusätzlicher Notar bzw ein beedeter Dolmetscher beizuziehen, „wenn eine der Parteien nicht schreiben kann oder der Sprache, in welcher der Akt aufgenommen wird, nicht kundig, oder blind, taub oder stumm ist.“<sup>27</sup> Die Form des Notariatsaktes kann nach höchstgerichtlicher Judikatur durch einen gerichtlichen – bzw auch durch einen prätorischen – Vergleich ersetzt werden.<sup>28</sup> Auch ist nach der Rsp<sup>29</sup> die Errichtung einer Privatstiftung durch einen ausländischen (insbesondere deutschen) Notar denkbar, wenn dabei der Funktion des österreichischen Notariatsaktes entsprochen wird.<sup>30</sup> Wird ein Notariatsakt unter Missachtung von Formvorschriften errichtet,<sup>31</sup> ist dieser in der Regel nichtig.<sup>32</sup> Eine Sanierung nach § 33 Abs 1 2. Satz PSG ist nicht möglich, weil besagtes Änderungsrecht nach § 33 PSG noch gar nicht erst entstanden ist; außerdem erstreckt sich dieses nicht auf die Sanierung von Formmängeln.<sup>33</sup> Die Rechtsfolge der Nichtigkeit gilt allerdings uneingeschränkt nur, solange die Privatstiftung weder im Firmenbuch eingetragen ist noch als Vorstiftung in Vollzug gesetzt wurde.<sup>34</sup> Sobald nämlich die Stiftung im Firmenbuch registriert ist oder der Stiftungsvorstand (in der Phase der Vorstiftung) Geschäfte namens der Privatstiftung (bzw Vorstiftung) getätigt hat, gelangen die von L u Rsp entwickelten Grundsätze über den fehlerhaften

Verband Anwendung,<sup>35</sup> dh der Formmangel kann als Auflösungsgrund nur mehr – aber immerhin noch (uzw bis bis die Privatstiftung im Firmenbuch eingetragen ist) – mit Wirkung *ex nunc* geltend gemacht werden.<sup>36</sup> Das Eintragungshindernis des Formmangels wird folglich nicht durch die bloße Invollzugsetzung der Vorstiftung behoben. Solange also die Privatstiftung im Firmenbuch nicht eingetragen ist, ist die Registrierung nach Möglichkeit (auch im Wege einstweiliger Verfügungen<sup>37</sup>) zu verhindern.

Nach erfolgter Eintragung gelten allerdings Formmängel als geheilt; die Privatstiftung entsteht als Rechtssubjekt.<sup>38</sup> Diese Wirkung der Registrierung folgt nach hA insbesondere aus dem notwendig erachteten Schutz der übrigen Verkehrsteilnehmer, die auf die Richtigkeit der Firmenbucheintragung vertrauen dürfen.<sup>39</sup> Auch eine Amtslöschung kommt daher nicht in Betracht.<sup>40</sup> Betrifft der Formmangel lediglich die Stiftungszusatzurkunde, so ist lediglich diese nichtig; nicht aber hindert ein solcher Mangel die Errichtung und das Entstehen der Privatstiftung.<sup>41</sup>

### 4.2 Fehlerhafte oder mangelnde Vollmacht

Weil das PSG die Gründung einer Privatstiftung (unter Lebenden) nicht als höchstpersönliches Rechtsgeschäft betrachtet, ist die Errichtung der Stiftungserklärung einer Vertretung zugänglich.<sup>42</sup> Gemäß § 69 Abs 1 NO müssen Vollmachten, die der Errichtung eines Notariatsaktes dienen, entweder öffentliche Urkunden oder solche Privaturkunden sein, auf denen die Unterschrift des Vollmachtgebers gerichtlich, notariell oder von einer österreichischen Vertretungsbehörde im Ausland beglaubigt ist.<sup>43</sup> Dies gilt auch für Vorsorgevollmachten nach § 284 f ABGB (welche durchaus die Errichtung einer Privatstiftung zum Gegenstand haben können).<sup>44</sup>

26 Vgl *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> (2006) § 52 NO Rz 1 ff.

27 Näher dazu *Wagner*, Die fremdsprachigen Blinden, Tauben und Stummen, NZ 1977, 103.

28 Vgl dazu die Nachweise bei *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB<sup>37</sup> (2009) § 883 E 13 bis E 15a. AA *Umfahrer*, GmbH<sup>6</sup> (2008) Rz 41 mwN.

29 OGH 23.2.1989, 6 Ob 525/89, SZ 62/28 = RdW 1989, 191 = GesRZ 1989, 225 = ZfRV 1989, 223 (*Schwind*) = HS 20.290. Zurückhaltend indes *Umfahrer*, GmbH<sup>6</sup> Rz 44 mwN.

30 Vgl dazu *Umfahrer*, GmbH<sup>6</sup> Rz 41.

31 Wie etwa *Ulmer* betont, gehört dazu auch das Nichtvorlesen der notariellen Urkunde (*Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, Großkomm GmbHG I [2005] § 2 Rz 24).

32 *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 56 NO Rz 7; *Aicher/Feltl* in *Straube*, WK GmbHG (2010) § 4 Rz 66.

33 *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 19a; *ders*, GES 2004, 389; vgl auch *Kollros* in *Hasch & Partner*, PSG<sup>2</sup> (2014) § 7 Rz 4.

34 Vgl auch *Aicher/Feltl* in *Straube*, WK GmbHG § 4 Rz 66 mwN.

35 Allg (zurückhaltend) zur Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband auf Privatstiftungen *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung,

95; ebenso *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/30; aA offenbar *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 19a ff.

36 Vgl zu Formmängeln bei der GmbH *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, Großkomm GmbHG I § 2 Rz 25; *Aicher/Feltl* in *Straube*, WK GmbHG § 4 Rz 66 mwN.

37 Vgl dazu *Reich-Rohrwig*, GmbH P (1997) Rz 1/718.

38 *Werkusch* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (103); vgl auch *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, Großkomm GmbHG I § 2 Rz 25 f.

39 *Werkusch* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (100 mwN).

40 Ebenso (zur GmbH) *Aicher/Feltl* in *Straube*, WK GmbHG § 4 Rz 66; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 4 Rz 26 mwN.

41 *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 19a.

42 Vgl dazu *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 5 ff.

43 Näher dazu *Werkusch* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (76); *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 7 mwN.

44 Vgl *Resch*, Die Vorsorgevollmacht im Privatstiftungsrecht, PSR 2013/2, 4 (10).

Die beglaubigte Vollmacht muss dem Notar zum Zeitpunkt der Stiftungserrichtung in der gebotenen Form vorliegen. Ist dies nicht der Fall, liegt jedoch eine (unbeglaubigte) schriftliche Vollmacht in Urschrift, Abschrift oder Kopie vor, kann ein nach § 69a NO „bedingter Notariatsakt“ errichtet werden, der erst dann die Kraft einer öffentlichen Urkunde erlangt, wenn dieselbe bislang provisorische, weil nicht formgültige Vollmacht innerhalb von 30 Tagen<sup>45</sup> nach (bedingter) Errichtung des Notariatsaktes dem Notar in der vorgeschriebenen Form vorgelegt wird.<sup>46</sup>

Ein Vollmachtmangel und damit keine ausreichende Bevollmächtigung liegt aber nicht nur dann vor, wenn die Vollmacht mit einem Formmangel behaftet ist, sondern auch dann, wenn die Vollmacht zur Errichtung einer Stiftungserklärung inhaltlich nicht ausreichend determiniert ist. Der Bevollmächtigte benötigt zur Stiftungserrichtung eine Spezialvollmacht, welche die wesentlichen Bestimmungen der Stiftungserklärung umschreibt.<sup>47</sup> Keine ausreichende Vollmacht ist jedenfalls eine Generalhandlungsvollmacht nach § 54 UGB.<sup>48</sup>

Ist der Stifter eine juristische Person und für den Stiftungsakt durch dessen Geschäftsführung vertreten, so benötigt diese zur Stiftungsgründung keine gesonderte Vollmacht. Gleiches gilt, wenn der Stifter durch einen Prokuristen vertreten ist, der Privatstiftung im Zuge der Gründung keine Liegenschaften übertragen werden und die Stiftungserrichtung als unternehmensbezogenes Geschäft des Stifters anzusehen ist.<sup>49</sup>

Wenn hingegen dem Notariatsakt weder eine organische noch eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zugrunde liegt, wenn es also völlig an einer (selbst fehlerhaften) Vollmacht fehlt – was zB bei widerrufenen Vollmachten der Fall ist,<sup>50</sup> aber auch nach Fristablauf einer Voll-

macht, wobei das Ableben des an der Errichtung einer Stiftung interessierten Vollmachtgebers einen Sonderfall der Beendigung der diesbezüglichen Vollmacht darstellt<sup>51</sup> – dann ist zwar ebenso der Umstand der „Vertretung ohne Vertretungsmacht“ gegeben, allerdings ist im Hinblick auf die hier interessierenden Rechtsfolgen zwischen den Fällen der überhaupt nicht existenten Vollmacht einerseits und den zuvor genannten Umständen der fehlerhaften Vollmacht andererseits<sup>52</sup> zu differenzieren:

Während nämlich formelle (und wohl auch inhaltliche) Vollmachtsmängel mit der Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch heilen und sodann nicht mehr geltend gemacht werden können,<sup>53</sup> ist bei (völlig) vollmachtloser Vertretung – wie zB bei gefälschten Vollmachtsurkunden, weil ja diesfalls nie eine (entsprechende) Bevollmächtigung vorgenommen wurde<sup>54</sup> – Nichtigkeit anzunehmen,<sup>55</sup> der auch noch nach Eintragung im Firmenbuch mit Löschung begegnet werden kann.<sup>56</sup> Ob eine solche Löschung *ex tunc*<sup>57</sup> oder lediglich *ex nunc*<sup>58</sup> wirkt, ist umstritten; es darf dazu auf obige Ausführungen zur Lehre vom fehlerhaften Verband verwiesen werden. Auch die Ausübung eines in der Stiftungsurkunde vorbehaltenen Rechts auf Widerruf (mit anschließender Abwicklung mit Wirkung *ex nunc*) wäre in praxi selbstverständlich denkbar.<sup>59</sup>

Die Verschiedenbehandlung zwischen fehlerhafter und (gänzlich) fehlender Vollmacht gründet sich darauf, dass ein Zurücktreten des Schutzes der Allgemeinheit in ihrem Vertrauen auf die Entstehung der Privatstiftung (nur) dann gerechtfertigt ist, wenn der vermeintliche Stifter keine (ihm zurechenbare) Veranlassung zur Entstehung des Rechtsscheins seiner Stiftungserrichtung gegeben hat. Dem Fall der vollmachtlosen Vertretung gleichzuhalten sind in diesem Sinne „Vollmachten“, welche mittels Gewalt oder Drohung mit Gewalt (näher

45 Wenn alle Parteien zustimmen, kann auch eine längere, höchstens jedoch sechsmonatige Frist in den Notariatsakt aufgenommen werden (vgl § 69a Abs 2 NO).

46 Vgl auch *Umfahrer*, GmbH<sup>6</sup> Rz 47.

47 Welchen Mindestinhalt diese Spezialvollmacht im Einzelnen aufzuweisen hat, wird im Schrifttum leider nicht einheitlich beantwortet (vgl *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 6; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch PSG, 13 [46]; *Hochedlinger*, PSR 2012, 176).

48 Vgl auch *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GroßKomm GmbHG I § 2 Rz 29.

49 Vgl *C. Nowotny*, GesRZ 2010, 158 (160); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 4 Rz 25 mwN; *Reich-Rohrwig*, GmbH I<sup>2</sup> Rz 1/36; *Schmidberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG (2014) § 4 Rz 151.

50 Eine Differenzierung nach § 1026 ABGB dahingehend, ob die Aufhebung der Vollmacht (dem Notar oder der Allgemeinheit) bekannt war, ist mE für die Stiftungsgründung als einseitiges Rechtsgeschäft aus Verkehrsschutzinteresse nicht geboten; wohl aber könnte es für (künftige) Verträge des Stifters mit „seiner Stiftung“ von Bedeutung sein, ob der Widerruf einer vom Stifter einem Dritten dafür erteilten Vollmacht dem Stiftungsvorstand ohne sein Verschulden bekannt war oder nicht.

51 Vgl zum gleich gelagerten Fall der Vollmacht zur Änderung der Stiftungserklärung OGH 13.9.2012, 6 Ob 102/12m, EvBl 2013/24 (*Rohrer*) = PSR 2012/47, 176 (*Hochedlinger*) = ZFS 2012, 177 (*Hager*) = NZ 2012/142, 372 (*Walch*) = ecoloex 2012/426, 1067 (*Limberg*) = GES 2012, 452 = wbl 2012/272, 711 = RdW 2013/31, 27 = JEV 2012/31, 142 = AnwBl 2013, 52 = GesRZ 2013, 64 (*N. Arnold*) = Zak 2012/722, 382.

52 Vgl auch *N. Arnold*, GesRZ 2013, 64.

53 Vgl *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 22; vgl auch *Aicher/Felzl* in *Straube*, WK GmbHG § 4 Rz 65.

54 Zur (arglistig) erschlichenen Vollmacht vgl hingegen die Ausführungen weiter unten im Zusammenhang mit schwerwiegenden Willensmängeln.

55 *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 20 mwN; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/77.

56 OGH 12.8.2004, 1 Ob 166/04z, GES 2004, 475 (*N. Arnold*) = RdW 2004/683, 732 = EvBl 2005/50 = ecoloex 2005/17, 48 = AnwBl 2006, 7 = EFSlg 107.753.

57 So offenbar *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 3 Rz 14 ff.

58 *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 22a; vgl aber *ders*, GesRZ 2013, 64.

59 Vgl *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 22.

dazu weiter unten) erzwungen wurden.<sup>60</sup> Aber auch in all diesen Fällen bleibt es dem vorgeblich Vertretenen unbenommen, die Erklärung des *falsus procurator* zu genehmigen (wobei nach Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch die Genehmigung in Form eines Notariatsaktes zu erfolgen hat).<sup>61</sup>

#### 4.3 Bedingte und befristete Stiftungserklärungen

Im Gesellschaftsrecht lehnt die hM die Errichtung bedingter oder befristeter Gesellschaftsverträge – abgesehen von der Vereinbarung, dass die Gesellschaft bis zu einem bestimmten Zeitpunkt im Firmenbuch eingetragen sein muss – unter Hinweis auf Verkehrsschutzüberlegungen als unzulässig und zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags führend ab.<sup>62</sup> Davon ausgenommen sind selbstverständlich die sogenannten rechtlich vorgegebenen unechten Bedingungen wie etwa pflegschaftsgerichtliche Genehmigungen.<sup>63</sup> Will man diese Grundsätze auch für das Privatstiftungsrecht gelten lassen, wäre wohl insbesondere eine mit der rechtswirksamen Errichtung einer Zusatzurkunde (aufschiebend) bedingte Privatstiftung nicht möglich.

Die Unzulässigkeit von Privatstiftungen, die unter einer auflösenden Bedingung stehen, ergibt sich außerdem dadurch, weil ansonsten das stifterliche Widerrufsrecht sowie die in § 35 Abs 1 PSG abschließend aufgezählten Auflösungsgründe unterlaufen würden.<sup>64</sup>

Ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist freilich die mit dem Ableben des (einzigen) Stifters aufschiebend befristete<sup>65</sup> Privatstiftung von Todes wegen.

Wird eine unter einer unzulässigen (aufschiebenden oder auflösenden) Bedingung stehende Privatstiftung im Firmenbuch eingetragen, gilt die Privatstiftung als „unbedingte Stiftung“ errichtet, dh die in der Stiftungsurkunde

enthaltene Bedingung ist als nicht existent anzusehen.<sup>66</sup>

#### 4.4 Mangelnde Geschäftsfähigkeit

Die Errichtung einer Stiftungserklärung setzt grundsätzlich die uneingeschränkte Geschäftsfähigkeit des Stifters voraus. Ist diese (noch) nicht oder nicht mehr gegeben, bedarf der Stiftungsakt einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung, uzw auch dann, wenn keine Vermögenswidmung durch den betroffenen Stifter erfolgt.<sup>67</sup> Minderjährige<sup>68</sup> benötigen zur Errichtung des (in aller Regel mit besagter gerichtlicher Genehmigung aufschiebend bedingt geschlossenen) Notariatsaktes die Vertretung durch die Eltern<sup>69</sup> (und wenn ein Elternteil Mitstifter ist, zusätzlich die Zustimmung durch einen vom Gericht bestellten Kollisionskurator).<sup>70</sup>

Besachwalter<sup>71</sup> bedürfen der Vertretung bzw Zustimmung des Sachwalters, wobei es sich in praxi gerade im Hinblick auf die Errichtung von Stiftungen und die Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter empfiehlt, im Bestellungsbeschluss des Sachwalters die von diesem zu besorgenden Angelegenheiten möglichst präzise zu formulieren.<sup>72</sup> Stellt sich nämlich im Nachhinein heraus, dass die Gründung einer Privatstiftung durch den Sachwalter gar nicht vom Rahmen der dem Sachwalter im konkreten Fall übertragenen Agenden gedeckt war, liegt wohl ein Fall der vollmachten Vertretung vor, welche auch noch nach Eintragung der Stiftung im Firmenbuch aufgegriffen werden kann. Es darf auf obige Ausführungen zu diesem Problemkreis verwiesen werden.

Gehört hingegen die Errichtung einer Privatstiftung zu den vom Sachwalter zu besorgenden Aufgaben, hat sich dieser (auch) im Zusammenhang mit der Frage der Stiftungsgründung zum einen vom „objektiven Wohl“ des Pflegebefohlenen leiten zu lassen, zum anderen hat der

60 Vgl *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GroßKomm GmbHG I § 2 Rz 101.

61 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 4 Rz 28; *Aicher/Felzl* in *Straube*, WK GmbHG § 4 Rz 65; *Schmidsberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 4 Rz 158.

62 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 3 Rz 16; *Aicher/Felzl* in *Straube*, WK GmbHG § 3 Rz 37; *Schmidsberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 3 Rz 16; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GroßKomm GmbHG I § 2 Rz 113.

63 *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GroßKomm GmbHG I § 2 Rz 113.

64 Vgl dazu *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 34 Rz 14 sowie § 35 Rz 2.

65 S FN 17.

66 Vgl (zum bedingten Gesellschaftsvertrag einer GmbH) *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GroßKomm GmbHG I § 2 Rz 115 mwN; zur (gleichen) Rechtsfolge unzulässiger Regelungsinhalte in Stiftungserklärungen *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 19b.

67 OGH 25.2.1999, 6 Ob 332/98m, RdW 1999, 409 = RZ 1999/69 = wbl 1999/227, 327 = EFSlg 89.745 = HS 30.314; OGH 12.8.2004, 1 Ob 166/04z, GES 2004, 475 (*N. Arnold*) = RdW 2004/683, 732 = EvBl 2005/50 = ecolex 2005/17, 48 = AnwBl 2006, 7 = EFSlg 107.753.

68 Zur Stiftungserrichtung durch noch ungeborene Kinder vgl *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 18 mwN.

69 Bei Uneinigkeit der Elternteile ist, wie *Johler* im gegenständlichen Zusammenhang anmerkt, keine Genehmigung durch das Gericht möglich (*Johler*, Der Stifter, in *Doralt/Kalsz*, Aktuelle Fragen, 131 [140 mwN]); allerdings kann das Gericht bei Gefährdung des Kindeswohls allenfalls nach § 176 Abs 1 ABGB vorgehen (vgl *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> [2011] § 154 Rz 14).

70 Näher dazu *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 26 ff; *Mondel*, Die Kuratoren im österreichischen Recht<sup>2</sup> 307; vgl auch (für viele) *Müller/Saurer*, Der Minderjährige als Stifter, EF-Z 2011/3, 9. OGH 29.6.1999, 1 Ob 56/99p, RdW 1999, 719 = EFSlg 89.893 = HS 30.184; OGH 12.8.2004, 1 Ob 166/04z, GES 2004, 475 (*N. Arnold*) = RdW 2004/683, 732 = EvBl 2005/50 = ecolex 2005/17, 48 = AnwBl 2006, 7 = EFSlg 107.753.

71 Allg dazu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>3</sup> 60 ff.

72 Näher dazu *K. Oberndorfer/N. Leitner*, Die Geschäftsfähigkeit des Stifters aus dem Blickwinkel des Sachwalters und anderer Stiftungsorgane, ZFS 2010, 99 (104 f).

Sachwalter nach Möglichkeit auf den Willen der betroffenen Person Rücksicht zu nehmen.<sup>73</sup> Außerdem erfordert die Errichtung der Stiftungserklärung eine gesonderte pflegschaftsgerichtliche Genehmigung;<sup>74</sup> darüber hinaus scheint manchen Pflegschaftsgerichten (insbesondere im Hinblick auf die mit der Stiftungserrichtung verbundene Entlohnung des Sachwalters) die Bestellung eines Kollisionskurators geboten. Verstirbt der Besachwalter vor der Genehmigung der Stiftungserrichtung durch das Pflegschaftsgericht, kommt es zu keiner (Vor-)Stiftung, weil ja die Errichtung der Privatstiftung mit der gerichtlichen Genehmigung aufschiebend bedingt und nach dem Tod des Pflegebefohlenen eine solche nicht mehr möglich ist.<sup>75</sup>

Bis zur pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung (welche stets erst nach der erforderlichen Mitwirkung der genannten Vertreter des Stifters bzw der vom Gericht bestellten Kuratoren erfolgt<sup>76</sup>) ist die Stiftungserklärung schwebend unwirksam. Die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung bzw Versagung – erst letztere macht die Stiftungserklärung ungültig – wirkt grundsätzlich *ex tunc*;<sup>77</sup> bei zwischenzeitig namens der „Vorstiftung“ (unzulässigerweise) getätigten Geschäften seitens des Stiftungsvorstands ist wohl nach im Vordringen befindlicher jüngerer Rechtsansicht eine Auflösung *ex nunc* anzunehmen.<sup>78</sup> Eine Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch ohne

pflegschaftsgerichtliche Genehmigung (bzw ohne erforderliche Zustimmung eines Kurators<sup>79</sup>) ist unzulässig.<sup>80</sup> Erfolgt die Eintragung dennoch – etwa weil die Geschäftsunfähigkeit des Stifters weder vom beurkundenden Notar noch vom Firmenbuchgericht erkannt wurde – wird deswegen die mangelnde Geschäftsfähigkeit nicht geheilt.<sup>81</sup> Die Privatstiftung entsteht diesfalls zwar als Rechtssubjekt,<sup>82</sup> jedoch ohne wirksame (vermögensrechtliche) Verpflichtungen des (unrichtigerweise) als Stifter ausgewiesenen Geschäftsunfähigen<sup>83</sup> – der Schutz des Geschäftsunfähigen geht ja nach hA dem Verkehrsinteresse vor<sup>84</sup> – dem aber auch allfällige Stifterrechte (zB auf Widerruf der Privatstiftung) nicht zukommen (können).<sup>85</sup> Eine fehlende pflegschaftsgerichtliche Genehmigung kann jedoch (solange der Betroffene eine solche benötigt) nachgeholt werden,<sup>86</sup> sodass mit rechtswirksamer Genehmigung durch das Pflegschaftsgericht (und Zustimmung aller erforderlichen Kuratoren und Vertreter) die dem Stifter in der Stiftungsurkunde eingeräumten Rechte von diesem (bzw seinem Vertreter) ausgeübt werden können.<sup>87</sup> Für den Fall, dass eine fehlende pflegschaftsgerichtliche Genehmigung (bzw Zustimmung notwendiger Kuratoren und Vertreter) nicht rechtzeitig nachgeholt wird, fordern, wie weiter oben im Zusammenhang mit fehlerhaften Verbänden beschrieben, Teile der Lehre im Gesellschafts-

73 Es trifft daher den Sachwalter die „Pflicht zur Wunschermittlung“, wobei der Wille des Betroffenen allenfalls nach einem objektiven, auf die konkrete Person zugeschnittenen Wohl zu korrigieren ist, um diese vor Nachteilen zu bewahren. Kriterien sind dabei va das Alter, der bisherige Lebenszuschnitt, insbesondere die finanziellen Verhältnisse, sowie Art und Grad der Behinderung (ausf dazu *Neumayr*, Wer verwaltet wen? Leitlinien für die Verwaltung des Vermögens von behinderten Personen, iFamZ 2012, 244; vgl auch *Schauer*, Rechtssystematische Bemerkungen zum Sachwalterrecht idF KindRÄG 201, NZ 2001, 275 [277]). Offenbar aA – nämlich ausschließlich (dh ohne Berücksichtigung der Wünsche des Besachwalterten) auf das „objektive Wohl“ des pflegebefohlenen Stifters abstellend – *Reich-Rohrwig/Babinek*, Geschäftsunfähigkeit von Stiftern, *ecolx* 2011, 687 (689).

74 Vgl *N. Arnold*, *PSG*<sup>3</sup> § 3 Rz 30; *K. Oberndorfer/N. Leitner*, *ZFS* 2010, 99 (105).

75 Vgl OGH 17.12.2002, 4 Ob 276/02w, NZ 2004/21 = *EFSlg* 106.870 = *RPfSlgA* 2003/8858 = *MietSlg* 54.011.

76 Erteilt das Pflegschaftsgericht seine Zustimmung ohne Genehmigung durch den Kurator, ist damit der Mangel dessen fehlender Zustimmung nicht geheilt (vgl *Johler in Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 [145 mwN]).

77 *K. Oberndorfer/N. Leitner*, *ZFS* 2010, 99 (105 mwN).

78 Wenn das Pflegschaftsgericht die Stiftungserklärung genehmigt, bedeutet das freilich nicht, dass die Urkunden auch (inhaltlich) stiftungsrechtlich zulässig sind, zumal diese Frage vom Firmenbuchgericht (und nicht vom Pflegschaftsgericht) zu prüfen ist (vgl OGH 24.5.2006, 6 Ob 78/06y, *ZFS* 2006, 118 = *RdW* 2006/590, 631 = *wbl* 2006/228, 486 = *JEV* 2007/9 = *NZ* 2007, Ps 14, 28 = *ecolx* 2007/2, 24 = *AnwBl* 2008, 197 = *HS* 37.169; *Schwimmann/Kodek*, *ABGB I* § 154 Rz 15).

79 Dazu, dass die fehlende Mitwirkung eines Kurators durch nachträgliche Bestellung und Mitwirkung eines solchen – aber wohl nur zu Lebzeiten des Stifters (vgl FN 75; s auch *G. Nowotny*, Der geschäftsunfähige Stifter im Firmenbuchverfahren, in *FS Torggler*, 895 [907 f]) – saniert werden kann, *N. Arnold*, *GES* 2004, 476.

80 Wie *Johler* darlegt, hat das Firmenbuchgericht bei fehlender Zustimmung des Pflegschaftsgerichts die Behebung des Mangels nach § 17 Abs 1 FBG aufzutragen (*Johler in Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 [140]).

81 *Johler in Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 (141 mwN); Zentrum für Stiftungsrecht, *Résumé-Protokoll des Workshops „Aktuelles zum Stiftungsrecht“*, *GesRZ* 2012, 345 (346). OGH 12.8.2004, 1 Ob 166/04z, *GES* 2004, 475 (N. *Arnold*) = *RdW* 2004/683, 732 = *EvBl* 2005/50 = *ecolx* 2005/17, 48 = *AnwBl* 2006, 7 = *EFSlg* 107.753; OGH 24.5.2006, 6 Ob 78/96y, *ZFS* 2006, 118 = *RdW* 2006/590 = *wbl* 2006/228, 486 = *JEV* 2007/9 = *NZ* 2007, 28, Ps 14 = *ecolx* 2007/2, 24 = *AnwBl* 2008, 197 = *HS* 37.169.

82 Vgl *Werkusch in Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (100); offenbar aA („... dann ist die Privatstiftung erst gar nicht entstanden“) *Müller/Saurer*, *EF-Z* 2011/3, 9 (11); *Johler in Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 (141).

83 *Werkusch in Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (100 f).

84 Dass die Nichteinhaltung von Formvorschriften zum Schutz von zwar geschäftsfähigen, aber insbesondere blinden oder tauben Stiftern die gleichen Rechtsfolgen wie bei nicht voll geschäftsfähigen Stiftern nach sich ziehen könnte, wird, soweit ersichtlich, im Schrifttum nicht vertreten. Vielmehr werden diese Fälle offenbar wie das Nichtverlesen des Notariatsaktes (vgl dazu FN 31) und damit wie „normale Formmängel“ behandelt – uzw auch dann, wenn der Sinn und Zweck des Notariatsaktes nicht nur in der „Beweissicherung“ besteht, sondern auch dem Übereilungsschutz dient (vgl dazu *Werkusch in Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 [75 f mwN]) – welche mit Eintragung in das Firmenbuch heilen.

85 *N. Arnold*, *PSG*<sup>3</sup> § 7 Rz 21; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/30.

86 *N. Arnold*, *PSG*<sup>3</sup> § 3 Rz 34.

87 Zur Ausübung des Widerrufs- sowie des Änderungsrechts durch den Sachwalter des Stifters s FN 219.



recht<sup>88</sup> wegen der den Verkehrsschutz überragenden Bedeutung des Geschäftsunfähigenschutzes auch noch nach Registrierung des Rechtsträgers im Firmenbuch die Möglichkeit einer Rückabwicklung *ex tunc* samt Löschung nach § 10 Abs 2 FBG: Der Schutz nicht voll Geschäftsfähiger genießt den Vorrang gegenüber dem Schutz Dritter.<sup>89</sup> Andere hingegen wollen nach erfolgter Eintragung (bzw bereits nach erfolgter Vollzugsetzung der Vorstiftung) eine rückwirkende Geltendmachung selbst schwerwiegender Mängel – und die Geschäftsunfähigkeit des Stifters bei Errichtung der Privatstiftung ist definitiv ein gravierender Mangel – nicht zulassen.<sup>90</sup> Vielmehr soll die Privatstiftung den jüngeren Lehrmeinungen zum fehlerhaften Verband folgend<sup>91</sup> in Gesamtanalogie zu § 216 AktG und § 35 f PSG unter Beachtung der gläubigerschutzrechtlichen Bestimmungen aufgelöst und abgewickelt werden.<sup>92</sup> Möglicherweise wird man bei der Streitfrage, ob man eine Auflösung mit *ex tunc*-Wirkung (ohne Abwicklung) zulässt, dahingehend differenzieren können (bzw müssen), ob im Einzelfall überhaupt (nennenswerte) gläubigerschutzrelevante Bereiche betroffen sind.<sup>93</sup>

Erlangt der Stifter – entweder wieder (zB durch Rekonvaleszenz) oder erstmals (durch Erreichen des 18. Lebensjahres) – seine volle Geschäftsfähigkeit,<sup>94</sup> ist eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung nicht länger erforderlich (und auch nicht mehr möglich);<sup>95</sup> vielmehr obliegt es der Entscheidung des Stifters, nun selbst die zuvor durch seine Vertreter geschlossene Stiftungserklärung in Notariatsaktsform zu genehmigen<sup>96</sup> (uzw unbeschadet davon, ob die Privatstiftung (unzulässigerweise) im Firmenbuch eingetragen wurde oder nicht),<sup>97</sup> vorausgesetzt allerdings, das Geschäft ist noch in Schweben, dh eine Ratihabierung kommt nur dann noch in Frage, wenn das Pflegschaftsgericht seine Zustimmung zur Stiftungserrichtung nicht mitt-

lerweile (in der Zeit der noch nicht vorhandenen vollen Geschäftsfähigkeit des Stifters) rechtskräftig versagt hat.

#### 4.5 Mangelnde Rechtsfähigkeit

Nach dem Wortlaut des § 3 Abs 1 PSG können natürliche oder juristische Personen Stifter (einer Privatstiftung unter Lebenden) sein; *per analogiam* sind von dieser gesetzlichen Anordnung unstrittig auch rechtsfähige Personengesellschaften erfasst.<sup>98</sup> In der Praxis kaum vorkommen wird es, dass eine (nicht rechtsfähige) stille Gesellschaft oder (österreichische<sup>99</sup>) Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor einem österreichischen Notar als Stifter auftritt<sup>100</sup> und eine Privatstiftung in Form eines Notariatsaktes errichtet.<sup>101</sup> Geschieht letzteres (etwa im Vertrauen auf den etwas missverständlichen Wortlaut der Gesetzesmaterialien zu § 3 PSG<sup>102</sup>) dennoch, so würde man wohl nach Möglichkeit bei der Errichtung der Stiftungserklärung die einzelnen Gesellschafter der GesbR als Stifter betrachten.<sup>103</sup>

Aus praktischer Sicht eher vorstellbar wäre freilich eher der Fall der vom beurkundenden Notar (und in weiterer Folge allenfalls auch vom Firmenbuchgericht) nicht erkannten mangelnden Rechtsfähigkeit eines Stifters bei Stiftungserrichtung durch eine ausländische Gesellschaft oder einen sonstigen ausländischen Rechtsträger, der bzw dem keine Rechtssubjektivität zukommt. Denkbar wäre es auch, dass zB eine außerhalb des EWR gegründete Gesellschaft ihren (Verwaltungs-)Sitz nach Österreich verlegt und sodann eine Privatstiftung errichtet. Die nach § 10 IPRG geltende Sitztheorie würde bei einem solchen Zuzug einer ausländischen Gesellschaft nicht von der europäischen Niederlassungsfreiheit verdrängt, und der OGH hat in derartigen Fällen Gesellschaften bereits mehrfach als rechtliches „Nullum“ qualifiziert, diesen also die Rechtsfähigkeit abgesprochen.<sup>104</sup>

88 Vgl va *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 3 Rz 14 f.

89 Zum Privatstiftungsrecht s *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 106 f; *Werkusch* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (101); ebenso *Johler* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 (141) sowie (zur Änderung der Stiftungserklärung durch einen geschäftsunfähigen Stifter) *G. Nowotny* in *FS Torggler*, 895 (907 f).

90 So ausdrückl *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 22a.

91 Vgl *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 260 ff u 282 ff mwN; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, 149 ff.

92 Zentrum für Stiftungsrecht, Résumé-Protokoll des Workshops „Aktuelles zum Stiftungsrecht“, *GesRZ* 2012, 345 (346).

93 So etwa *N. Arnold* zur Wirkung der Löschung einer infolge Geschäftsunfähigkeit des Stifters zu Unrecht eingetragenen Änderung der Stiftungserklärung (*N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 70d). Vgl dazu auch *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 110.

94 Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup> 54 ff.

95 *Johler* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 (141 mwN); OGH 19.2.1986, 3 Ob 625/85, EFSlg 51.238 = RPfSlgA 1986, 88/7669.

96 Vgl dazu den Hinweis v *G. Nowotny*, dass diesfalls die Eintragung der Stiftung im Firmenbuch „mit dem Datum des zweiten Notariatsaktes“ zu erfolgen hat (*G. Nowotny* in *FS Torggler*, 895 [900]).

97 *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 34; vgl auch *Müller/Saurer*, EF-Z 2011/3, 9 (11).

98 Vgl *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 16; *Werkusch* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (73); *Pittl*, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, *NZ* 1999, 197; vgl auch *Hochedlinger*, Personengesellschaften als Stifter, *RdW* 2004/46, 67.

99 Zur Rechtssubjektivität der deutschen BGB-Gesellschaft vgl zB *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, 1771 ff; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II – Personengesellschaften (2004) 646 ff.

100 Vgl dazu *Johler* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 (152).

101 Zur Möglichkeit des Einschreitens ausländischer Notare vgl OGH 23.2.1989, 6 Ob 525/89, SZ 62/28 = *RdW* 1989, 191 = *GesRZ* 1989, 225 = *ZfRV* 1989, 223 (*Schwind*) = HS 20.290.

102 Vgl *ErlRV* 1132 Blg NR 18. GP, zu § 3 Abs 1 PSG: „Es können sich auch mehrere Personen zusammenschließen – zum Beispiel in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – und eine Stiftung errichten.“

103 Dies gilt selbstredend auch für die Gesellschafter der in der Praxis kaum vorkommenden Vorgründungstiftung, welche als GesbR zu qualifizieren ist (vgl dazu *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 8; *Pittl*, *NZ* 1999, 197 [198]).

104 Ausf dazu *Bachner/Winner*, Das österreichische Gesellschaftsrecht nach *Centros*, *GesRZ* 2000, 73; *Hochedlinger*, Sitzverlegung einer ausländischen Kapitalgesellschaft nach Österreich aus zivil- und gesellschaftsrechtlicher Sicht, in *H. Fuchs*, Familienunternehmen im Steuerrecht (2005) 613 (621).

Derartige Stiftungserklärungen müssen wohl bis zur Eintragung im Firmenbuch als nichtig angesehen werden (dh eine Vorstiftung kann nicht entstehen und ein Widerruf nach § 33 Abs 1 PSG kommt nicht in Betracht), gelten aber mit Eintragung im Firmenbuch iSv § 7 PSG als entstanden, jedoch mit der Maßgabe, dass dem in der Urkunde unrichtigerweise ausgewiesenen Stifter – eben genau deswegen, weil dieser nicht Träger von Rechten sein kann – keine Rechte im Zusammenhang mit der Stiftung zukommen (können).

#### 4.6 Fehlendes Mindestvermögen, unterlassene Gründungsprüfung

Der Stifter ist verpflichtet, in der Phase der Vorstiftung das gewidmete Vermögen zu leisten. Wird das Mindestvermögen iHv € 70.000,00 nicht (vollständig) geleistet oder ist dieses nicht mehr vorhanden, darf der Stiftungsvorstand die Privatstiftung nicht zur Eintragung in das Firmenbuch anmelden (vgl § 12 PSG). Wird trotzdem eine Registrierung im Firmenbuch beantragt und bewilligt das Firmenbuchgericht in Unkenntnis des Umstands des mittlerweile nicht mehr vorhandenen Mindestvermögens die Eintragung, trifft den Stifter nach hA eine verschuldensunabhängige Differenzhaftung.<sup>105</sup> Der Vorstand haftet nach Maßgabe des § 12 PSG.

Gleiches gilt für den Fall, dass trotz des Erfordernisses einer Gründungsprüfung eine solche nicht vorgenommen wurde.<sup>106</sup>

#### 4.7 Inhaltliche Mängel

Enthält die Stiftungsurkunde nicht die in § 9 Abs 1 PSG aufgezählten zwingenden Regelungsinhalte, soll dies

nach dem Wortlaut der Gesetzesmaterialien zu § 7 PSG die Errichtung der Privatstiftung hindern.<sup>107</sup> Ein dieserart (inhaltlich) mangelhafter Notariatsakt bewirkt demnach nicht das Entstehen einer Vorstiftung.<sup>108</sup>

Umfasst die Stiftungsurkunde hingegen den nach § 9 Abs 1 PSG gebotenen Mindestinhalt, scheidet jedoch (vorerst) die Eintragung der Privatstiftung an anderen (inhaltlichen) Fehlern der Stiftungsurkunde, so ist die Vorstiftung mit Errichtung der Stiftungsurkunde in der entsprechenden notariellen Form (bzw bei der Privatstiftung von Todes wegen zusätzlich mit dem Ableben des Stifters) in aller Regel<sup>109</sup> entstanden. Die Privatstiftung ist iSd § 7 Abs 1 PSG errichtet, und der (vorerst) nicht bewilligten Eintragung im Firmenbuch (zur nach § 17 FBG gebotenen Vorgangsweise des Gerichts, die Verbesserung des Mangels aufzutragen, vgl die Ausführungen weiter unten) ist im Wege der Bestimmung des § 33 Abs 1 PSG beizukommen, welche (anders als im Gesellschaftsrecht<sup>110</sup>) genau für diese Fälle ein besonderes Änderungsrecht vor Entstehen der Privatstiftung, mithin vor Eintragung der Stiftung im Firmenbuch,<sup>111</sup> vorsieht: Der Stifter ist berechtigt, die Stiftungserklärung in jeglicher Hinsicht abzuändern (uzw auch dann, wenn er sich in der Stiftungsurkunde kein Änderungsrecht vorbehalten hat); ist der Stifter weggefallen, steht dem Stiftungsvorstand nicht nur das Recht, sondern idR die Pflicht zu,<sup>112</sup> die Stiftungserklärung „zur Berücksichtigung mittlerweile hervorgekommener Eintragungshindernisse“<sup>113</sup> zu ändern.

Ob das Vorliegen einer Vorstiftung auch in (zumindest einigen) Fällen einer iSv § 9 Abs 1 PSG nicht vollständigen Stiftungsurkunde (zB wenn die nach Z 6 leg cit gebotene Regelung vergessen wurde, ob die Stiftung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit errichtet wurde) be-

105 Näher dazu N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 4 Rz 40 ff; Pittl, NZ 2000, 257; vgl auch Werkusch in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen, 71 (90), die alternativ eine amtswegige Löschung der Eintragung der Privatstiftung nach § 10 Abs 2 FBG wegen Nichtvorliegens einer Eintragungsvoraussetzung erwägt.

106 N. Arnold in N. Arnold/Ludwig, Stiftungshandbuch (2010) 52.

107 Vgl ErlRV 1132 Blg NR 18. GP, zu § 7 Abs 1 PSG: „Die Errichtung der Privatrechtsstiftung ist die Abfassung einer formgerechten (§ 39 Abs 1) Stiftungserklärung mit dem erforderlichen Mindestinhalt (§ 9 Abs 1).“ Vgl auch Pittl, NZ 2000, 257 (258): „Auch das Fehlen eines zwingenden Bestandteils der Stiftungsurkunde macht die Stiftungserklärung zur Gänze nichtig.“

108 Krit N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 4.

109 Zur erforderlichen pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung des Stiftungsaktes bei nicht voll geschäftsfähigen Stiftern wird auf obige Ausführungen verwiesen.

110 Zur Bedeutung dieses Unterschieds im Hinblick auf die von der hL vorgenommene Übertragung der Grundsätze des fehlerhaften Verbandes auf das Stiftungsrecht, Zöllner, Eigennützige Privatstiftung, 95.

111 Dazu, dass dem PSG keine Einschränkung des freien Änderungsrechts nach § 33 Abs 1 PSG für den Fall zu entnehmen ist, dass die Vorstiftung Dritten gegenüber bereits aufgetreten ist, K. Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 33 Rz 6; Pittl, NZ 1999, 197 (200).

112 N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 27 unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien zu § 33 Abs 2 PSG sowie auf OGH 6 Ob 187/03y, welche allerdings die Pflicht des Stiftungsvorstands, Änderungen bei einer bereits eingetragenen Privatstiftung vorzunehmen, zum Gegenstand haben (vgl OGH 25.3.2004, 6 Ob 187/03y, EvBl 2004/157 = eclex 2004/373, 796 = RdW 2004/486, 541 = GES 2004, 240 [N. Arnold] bzw ErlRV 1132 Blg NR 18. GP zu § 33 PSG).

113 Auch wenn die Gesetzesmaterialien zu § 33 Abs 1 PSG – wenngleich bloß demonstrativ – mit dem Fall der Namensunmöglichkeit (§ 2 PSG) und der nicht im Sinne der Stiftungsurkunde möglichen Vorstandsbestellung (zB weil die in der Urkunde vorgesehenen Vorstandsmitglieder ihre Bestellung nicht annehmen) lediglich zwei Konstellationen erwähnen, bei denen Eintragungshindernisse zum Zeitpunkt der Errichtung des Notariatsaktes (und damit idR der Privatstiftung) möglicherweise noch nicht vorgelegen haben, sondern besagte Hindernisse erst nach Errichtung des Notariatsaktes entstanden sind – weil zB zwischenzeitlich eine andere Privatstiftung mit gleichem Namen in Österreich eingetragen wurde (s § 2 PSG) – erfasst die Änderungsmöglichkeit (nicht nur des Stifters, sondern auch des Stiftungsvorstands) nach § 33 Abs 1 PSG mE auch die in der Praxis viel häufigeren Fälle, in denen schon zum Zeitpunkt der Errichtung der Stiftungsurkunde ein entsprechendes Eintragungshindernis vorhanden war (zB weil einem Stiftungsbeirat ein umfassendes Weisungs-

jaht werden kann, muss mE im Lichte der Gesetzesmaterialien bezweifelt werden.<sup>114</sup> Für die Rechtspraxis wäre es freilich in manchen Fällen, insbesondere aber dann, wenn die vermeintliche Vorstiftung bereits nach außen hin tätig wurde, durchaus begrüßenswert, wenn nicht jeder diesbezügliche „Lapsus“ die Errichtung der Privatstiftung (und damit das Entstehen einer Vorstiftung) hindert.<sup>115</sup>

Wenn sich hingegen der nach § 9 Abs 1 PSG gebotene Mindestinhalt in der Stiftungsurkunde findet, ist die Privatstiftung auch dann wirksam errichtet, wenn besagter Mindestinhalt fehlerhaft geregelt wurde, wenn also beispielsweise bei der nach § 9 Abs 1 Z 3 PSG vorgesehenen Bezeichnung des Begünstigten oder der Stelle, die den Begünstigten festzustellen hat, eine Regelung vorgesehen wurde, dass ein begünstigtendominierter (aufsichtsratsähnlicher) Beirat ein Zustimmungsrecht bei der Bestellung von Begünstigten hat.<sup>116</sup>

Wird die Privatstiftung trotz Vorliegens unzulässiger Regelungen in das Firmenbuch eingetragen, ist die Privatstiftung entstanden. Die gegen zwingendes Recht verstoßenden Regelungen der Stiftungserklärung werden aber deswegen nicht rechtswirksam, sondern sind als nicht existent anzusehen.<sup>117</sup> Die Frage allerdings, wer welche (gravierenden) Mängel auch noch nach Eintragung der Stiftung im Firmenbuch aufgreifen kann, scheint bis dato nicht endgültig geklärt.<sup>118</sup> Dem Stifter bleibt es selbstverständlich unbenommen, die Stiftungserklärung bei entsprechendem Änderungsvorbehalt nach § 33 Abs 2 PSG nachträglich zu „korrigieren“.<sup>119</sup>

Gleiches gilt grundsätzlich sinngemäß im Falle einer Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch, wenn es der Stiftungsurkunde sogar an gesetzlich zwingenden

Mindestinhalten fehlt. In einem solchen Fall, jedenfalls aber dann, wenn die Privatstiftung mangels zwingender Mindestregelungen (wie zB Bestimmungen über die Begünstigten der Stiftung) nicht vollzogen werden kann (etwa weil auch keine Stiftungszusatzurkunde errichtet wurde, der besagte fehlende Regelungen hilfsweise entnommen werden könnten), ist dem Mangel durch Änderung der Stiftungsurkunde nach § 33 Abs 2 PSG beizukommen. Ist der Stifter dazu nicht willens oder ist eine solche Änderung nicht möglich, weil sich der Stifter kein entsprechendes Änderungsrecht vorbehalten hat und auch eine Änderung durch den Stiftungsvorstand ausscheidet (weil es zB an jeglichen Bestimmungen im Hinblick auf den Stiftungszweck fehlt) oder in Ermangelung „geänderter Verhältnisse“ vom Gericht abgelehnt wird,<sup>120</sup> wird wohl eine Auflösung und Abwicklung der Privatstiftung *ex nunc* unter Beachtung der gläubigerschutzrechtlichen Bestimmungen in Analogie zu § 216 AktG und § 35 ff PSG zu erwägen sein.<sup>121</sup> *Zib* erscheint in diesem Zusammenhang eine Analogie zu § 10 Abs 3 FBG überlegenswert.<sup>122</sup>

#### 4.8 Willensmängel

Die bisherigen Ausführungen zur Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband auf Privatstiftungen gelten auch für die Fallgruppe der Willensmängel.

Ebenso wie zuvor schon im Zusammenhang mit der Geschäftsunfähigkeit des Stifters und der vollmachtlosen Vertretung erörtert, leiden in diesem Sinne auch infolge Gewalt oder Drohung mit Gewalt, mithin unter Furcht und Zwang abgegebene Stiftungserklärungen an einem gravierenden Mangel und sind nichtig, wobei diese Nichtigkeit auch noch nach Eintragung der Privatstif-

recht gegenüber dem Vorstand eingeräumt werden sollte). Nicht nur der Wortlaut der Bestimmung des § 33 Abs 1 PSG – es ist eben nicht von „zwischenzeitig entstandenen“, sondern von „mittlerweile hervorgekommen“ Eintragungshindernissen die Rede, und „mittlerweile hervorgekommen“ ist die Problematik für den Stifter bzw Stiftungsvorstand nach Erhalt des gerichtlichen Verbesserungsauftrags gem § 17 FBG (so wohl auch N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 28) – spricht für ein solches Verständnis, sondern wohl auch die *ratio legis*: Schließlich wäre es ein praktisches Unding, bis zur rechtskräftigen (höchstgerichtlichen) Erledigung der mit Rekurs begegneten Ablehnung der Eintragung der Privatstiftung durch das Gericht in erster Instanz keine Rechtssicherheit zur Frage der Existenz der Vorstiftung (und der Wirksamkeit der idR in der Stiftungsurkunde erfolgten Vorstandsbestellung) zu haben (vgl dazu auch N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 4).

114 Vgl auch Pittl, NZ 2000, 257 f. „Großzügiger“ offenbar N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 19b.

115 Vgl auch N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 4.

116 Vgl dazu OGH 9.9.2013, 6 Ob 139/13d, ZFS 2013, 179 (K. Oberndorfer) = PSR 2013/42, 175 (Csoklich) = wbl 2013/263, 711 = GesRZ 2014, 63 (Briem) = RdW 2014/34, 21 = EvBl 2014/54 = AnwBl 2014, 158.

117 N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 19b mwN; Kollros in Hasch & Partner, PSG<sup>2</sup> § 7 Rz 5.

118 Vgl dazu Zollner, Überblick über die höchstgerichtliche Judikatur in Stiftungssachen im Jahr 2012, PSR 2013/4, 16 (19 f); ders, GesRZ 2013, 2013, 107.

119 Vgl Werkusch in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen, 71 (101); M.C. Huber in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 9 Rz 22 ff. Zur allfälligen Verpflichtung des Stiftungsvorstands, nach § 33 Abs 2 PSG tätig zu werden, s FN 112.

120 Nach § 33 Abs 1 und Abs 2 PSG kann der Stiftungsvorstand Änderungen lediglich „unter Wahrung des Stiftungszwecks“ vornehmen (vgl dazu N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 29 bzw 57 mwN).

121 N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 22a; Zentrum für Stiftungsrecht, Résumé-Protokoll „Aktuelles zum Stiftungsrecht“, GesRZ 2012, 345 (346). Vgl auch Werkusch in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen, 71 (101 f mwN). Zur GmbH vgl Reich-Rohrwig, der bei Gesetzeswidrigkeit des Mindestinhalts des Gesellschaftsvertrags (§ 4 GmbHG) eine Klage auf Nichtigerklärung der Gesellschaft in Analogie zu § 216 AktG befürwortet, wobei die Nichtigerklärung die Auflösung der Gesellschaft *ex nunc* bewirken soll (Reich-Rohrwig, GmbH P<sup>2</sup> Rz 1/719).

122 Zib in Zib/Dellinger, GroßKomm UGB I § 10 FBG Rz 72; vgl auch C. Nowotny, Urkunden und Privatstiftung, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000) 125 (130).

tung im Firmenbuch aufgegriffen werden kann.<sup>123</sup> Zur Frage, ob die Auflösung der Stiftung mit Wirkung *ex tunc*<sup>124</sup> oder aus Verkehrsschutzüberlegungen lediglich *ex nunc*<sup>125</sup> erfolgt, kann auf obige Ausführungen zum fehlerhaften Verband verwiesen werden. Die Geltendmachung der Nichtigkeit und Löschung der Stiftung erfolgt demnach nach gleichen Grundsätzen wie im zuvor beschriebenen Fall der Stiftungserrichtung durch nicht (voll) Geschäftsfähige.<sup>126</sup>

Von den zivil- bzw prozessrechtlichen Rechtsbehelfen der Anfechtung der Stiftungserklärung bzw der gerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit der Stiftungserrichtung zu unterscheiden ist der stifterliche Rechtsbehelf des Widerrufsrechts. Betrachtet man jedoch die mit dem schwerwiegenden Mangel der (Drohung mit) Gewalt behaftete Stiftung bis zur Eintragung ins Firmenbuch als (schwebend) unwirksam, scheidet ein Widerruf nach § 33 Abs 1 PSG konsequenterweise aus, weil dem vermeintlichen Stiftungserrichter als Nicht-Stifter (noch) keine Stifterrechte zukommen.<sup>127</sup> Nach erfolgter Eintragung der Stiftung sollte allerdings der Stifter – anders als bei geschäftsunfähigen sowie nicht rechtsfähigen „Stiftern“ der Fall (vgl dazu weiter oben) – ein allenfalls nach § 34 PSG vorbehaltenes Widerrufsrecht ausüben können.<sup>128</sup> Die an den Widerruf schließende Auflösung erfolgt nach §§ 35 ff PSG, mithin mit Wirkung *ex nunc* im Wege eines Liquidationsverfahrens.<sup>129</sup>

Sonstige Willensmängel wie insbesondere Irrtumsfälle<sup>130</sup> sind im gegebenen Zusammenhang nicht als besonders gravierende Mängel anzusehen und können bis zur Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch mit den nach allgemeinem Zivilrecht möglichen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden, uzw mit Wirkung *ex tunc* solange die Vorstiftung nicht in Vollzug gesetzt wurde. Danach

gelten nach wohl hA sinngemäß die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft, dh eine rückwirkende Geltendmachung von Willensmängeln kommt demgemäß nicht mehr in Betracht, sehr wohl aber ist – jedenfalls bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch – eine Anfechtung mit Wirkung *ex nunc* möglich.<sup>131</sup>

Diese Grundsätze gelten mE auch für den alternativ möglichen Widerruf nach § 33 Abs 1 PSG, welcher wohl in der Phase der Vorstiftung in aller Regel anstelle einer Anfechtung erfolgen wird.

ME sollte zur Frage, ob ein Widerruf bzw eine Anfechtung im Stadium der Vorstiftung tatsächlich ein Liquidationsverfahren nach sich zieht, differenziert werden, uzw dahingehend, dass eine Abwicklung der Vorstiftung nach § 36 PSG lediglich für bereits in Vollzug gesetzte Vorstiftungen (zwingend) vorzusehen wäre.<sup>132</sup> Andernfalls sollte die Möglichkeit einer Auflösung mit Wirkung *ex tunc* (ohne Abwicklung) bestehen.<sup>133</sup>

Nach Eintragung der Stiftung im Firmenbuch hingegen können besagte „sonstige“ (nicht schwerwiegende) Willensmängel nach im Gesellschaftsrecht vorherrschender Ansicht grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht werden.<sup>134</sup> Legt man demnach diesen aus der Lehre vom fehlerhaften Verband resultierenden Ansatz auf Stiftungen um, scheidet insbesondere eine Irrtumsanfechtung aus, und die Privatstiftung kann in diesen Fällen nur mehr unter den Voraussetzungen des § 34 PSG widerrufen werden.<sup>135</sup> Zollner hingegen, der die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nicht uneingeschränkt auf Privatstiftungen übertragen wissen will,<sup>136</sup> möchte, soweit ersichtlich, eine Irrtumsanfechtung auch noch nach Entstehen der Privatstiftung zulassen,<sup>137</sup> indem das Gericht die Stiftung nach Feststellung deren Fehlerhaftigkeit im

123 N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 21.

124 Vgl Zollner, Eigennützige Privatstiftung, 106 f.

125 So N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 22.

126 Für die GmbH befürworten in diesem Sinne Koppensteiner/Rüffler auch noch nach Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch eine Abwicklung ohne Liquidation *ex tunc* sowie eine amtswegige Löschung nach § 10 Abs 2 FBG (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 3 Rz 16a), während Aicher/Feltl eine rückwirkende Geltendmachung von Willensmängeln ab Vollzug der Vorgesellschaft aus Gründen des Gläubigerschutzes generell ablehnen (Aicher/Feltl in Straube, WK GmbHG § 3 Rz 42). Reich-Rohrwig hingegen möchte im Falle der arglistigen Irreführung eine Anfechtung *ex tunc* auch noch nach Vollzug des Gesellschaftsverhältnisses – nicht aber nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch – zulassen (Reich-Rohrwig, GmbH I<sup>2</sup> Rz 1/718 f.).

127 N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 21.

128 Vgl N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 22.

129 Vgl Karollus, Gläubigerschutz bei der Privatstiftung, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten, 37 (56).

130 Dazu dass die Regelungen der §§ 870 f ABGB am Bestehen eines Vertrags anknüpfen und somit für die Anfechtung von Stiftungserklärungen „nicht uneingeschränkt passend“ sind, weswegen be-

sagte Bestimmungen teleologisch zu reduzieren sind, Zollner, Eigennützige Privatstiftung, 107 mwN.

131 N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 22; vgl auch Aicher/Feltl in Straube, WK GmbHG § 3 Rz 41.

132 Nicht zwischen in Vollzug und nicht in Vollzug gesetzter Vorstiftung differenzierend hingegen Karollus in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten, 37 (58); ebenso N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 18 u § 36 Rz 1; deswegen krit Zollner, Eigennützige Privatstiftung, 102.

133 Vgl auch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 3 Rz 16a.

134 Schmidberger/Duursma in Gruber/Harrer, GmbHG § 3 Rz 18 mwM. Jeder Stifter kann aber versuchen – auch mit einstweiliger Verfügung gegenüber dem Stiftungsvorstand – die Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch zu verhindern (vgl Reich-Rohrwig, GmbH I<sup>2</sup> Rz 1/718).

135 So zB Werkusch in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen, 71 (103 f): „Willensmängel des Stifters stellen per se keine Grundlage für die Beseitigung der entstandenen Privatstiftung dar; sie können nach erfolgter Firmenbucheintragung eventuell zu einer Änderung der Stiftungserklärung gemäß § 33 Abs 2 PSG bzw zum Widerruf der Privatstiftung nach § 34 PSG Anlass geben.“

136 Näher dazu Zollner, Eigennützige Privatstiftung, 95 ff.

137 Vgl auch Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/30.

Wege des § 35 PSG auflöst.<sup>138</sup> Dem Verkehrsschutz würde Rechnung getragen werden, wenn der Auflösung eine Abwicklung mit Wirkung *ex nunc* folgt.

Auch eine Anfechtung wegen Motivirrtums und die analoge Anwendung der Bestimmungen über den Schenkungswiderruf wegen groben Undanks will *Zollner* im Zusammenhang mit Willensmängeln keineswegs gänzlich ausschließen.<sup>139</sup>

In der Lehre umstritten ist, wie der Willensmangel der arglistigen Täuschung einzuordnen ist. Während insbesondere *Aicher/Feltl* für die gleichen Rechtsfolgen wie im Falle von Gewalt und Drohung mit Gewalt plädieren,<sup>140</sup> scheint die hM beim Tatbestand der Arglist keine Ausnahme von den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft machen zu wollen.<sup>141</sup>

### 5. Exkurs: Stiftermehrheit

Obige Ausführungen zur Geltendmachung von formellen und materiellen Fehlern gelten in der Regel auch bei Stiftermehrheit.<sup>142</sup> Allerdings bleibt die Privatstiftung grundsätzlich bestehen, wenn ein die Person des Stifters betreffender Mangel (wie etwa fehlende Geschäftsfähigkeit oder ein beachtlicher Willensmangel) nicht bei allen Stiftern gegeben ist,<sup>143</sup> bzw. aufgrund der sämtlichen Stifter treffenden Solidarhaftung im Hinblick auf das gesetzliche Mindestvermögen (§ 4 PSG), welche unabhängig davon besteht, ob bereits von den übrigen Stiftern gemeinsam das Mindestvermögen von € 70.000,00 aufgebracht wurde oder nicht.<sup>144</sup>

Sind Eintragungshindernisse im Wege der Änderung der Stiftungserklärung durch die Stifter zu beseitigen, muss aufgrund der zwischen den Stiftern (bzw. allenfalls auch den Gesellschaftern der Vorgründungsstiftung<sup>145</sup>) bestehenden Treuepflicht eine Verpflichtung zur entsprechenden (gemeinsamen) Änderung bejaht werden.<sup>146</sup> Gleiches

gilt wohl für eine gemeinsame Anfechtung der Stiftungserklärung infolge Nichtigkeit sowie für einen gemeinsamen Widerruf der Privatstiftung nach § 34 PSG, wenn sich zB nach Eintragung der Stiftung herausstellt, dass alle Stifter einem Irrtum unterlegen sind.

### 6. Exkurs: Privatstiftung von Todes wegen

Gemäß § 39 PSG bedürfen Stiftungserklärungen von Todes wegen nicht nur der Beurkundung durch Notariatsakt, sondern darüber hinaus der Form einer letztwilligen Anordnung. Nach richtiger Ansicht Ergebnis dieser vom Gesetzgeber angeordneten Formstrenge ist, dass die Stiftungserrichtung der Mitwirkung grundsätzlich zweier Notare oder eines Notars und zweier Zeugen bedarf.<sup>147</sup> Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob letzteres auch für ausländische Staatsbürger als Stifter bzw. (künftig) für Stifter mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland gilt,<sup>148</sup> oder ob im Hinblick auf die nach § 39 PSG gebotene „Form der letztwilligen Anordnung“ die jeweiligen Vorschriften der nach den einschlägigen Kollisionsnormen anwendbaren Rechtsordnung maßgeblich sind, würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen.

Die Nichteinhaltung dieser Formvorschriften kann weder durch den Stiftungsvorstand noch durch einen allenfalls bestellten Stiftungskurator (§ 8 Abs 3 PSG) saniert werden.<sup>149</sup> Hat daher der Erblasser die genannten Formvorschriften nicht beachtet, scheidet die Stiftungserrichtung von Todes wegen. Diese Umstände hat bereits das Verlassenschaftsgericht zu prüfen,<sup>150</sup> weil ja eine künftige juristische Person nur dann als Erbin oder Vermächtnisnehmerin in Frage kommt, wenn sich diese im Zeitpunkt des Erbfalls bereits zumindest im Gründungsstadium befindet oder aber – wie bei der Privatstiftung von Todes wegen der Fall – vom Erblasser letztwillig als Stiftung errichtet wurde.<sup>151</sup>

138 *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 107 ff.

139 *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 115 ff.

140 *Aicher/Feltl* in *Straube*, WK GmbHG § 3 Rz 37; s auch (insb zur von *Reich-Rohrwig* vertretenen Rechtsansicht) hier FN 126. Vgl auch OGH 13.7.1998, 7 Ob 354/97b, *ecolex* 1999/41 = ÖBA 1999/777, 230 = ZIK 1999, 29 = RWZ 1999, 15 (*Wenger*) = GBU 1999/02/01 = HS 29.079.

141 So jedenfalls *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 3 Rz 14 mwN. OGH 16.9.1993, 8 Ob 12/93, *EvBl* 1994/69 = *RdW* 1994, 13 = *WBl* 1994, 93 = *GesRZ* 1994, 61 = *ecolex* 1994, 61 = HS 24.071.

142 Ausf dazu *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 111 ff.

143 OGH 12.8.2004, 1 Ob 166/04z, *GES* 2004, 475 (*N. Arnold*) = *RdW* 2004/683, 732 = *EvBl* 2005/50 = *ecolex* 2005/17, 48 = *AnwBl* 2006, 7 = *EFSlg* 107.753. Bei einer Anfechtung wegen bloß bei einzelnen Stiftern bestehenden Willensmängeln nach der Gravität des Willensmangels differenzierend *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 113 ff (va unter Verweis auf *Plasser*, Beschlüsse von Personengesellschaften und Willensmängel, *JBl* 2004, 137 [143 ff]).

144 *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 111 f; aA *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/30; *N.*

*Arnold*, *PSG* § 7 Rz 21; *Johler* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 (140).

145 Zum in der Praxis seltenen Fall der wechselseitigen (notariellen) Verpflichtung mehrerer (künftiger) Stifter zur gemeinsamen Errichtung einer Privatstiftung s *N. Arnold*, *PSG* § 7 Rz 8 sowie *Pittl*, *NZ* 1999, 197 (198).

146 Vgl auch *N. Arnold*, *PSG* § 3 Rz 54d; OGH 9.3.2006, 6 Ob 166/05p, *JBl* 2006, 521 (*H. Torggler*) = *GesRZ* 2006, 203 = *ZFS* 2006, 76 = *ecolex* 2006/440, 1009 = *RdW* 2006, 438 = *NZ* 2006, 347 (*Andrae*) = *JEV* 2007/6 = *AnwBl* 2008, 10 = HS XXXVII/8. Zur Problematik des zwischenzeitigen Wegfalls eines von mehreren Stiftern, *N. Arnold*, *PSG* § 33 Rz 25.

147 Vgl *Schauer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *PSG* § 8 Rz 10; *N. Arnold*, *PSG* § 39 Rz 7 mwN; *Johler* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 (148).

148 Vgl dazu insb *Rudolf*, Die Erbrechtsverordnung der Europäischen Union, *NZ* 2013/103, 225 (236 f).

149 *N. Arnold*, *GES* 2004, 389.

150 OGH 29.4.2004, 6 Ob 45/04t, *GES* 2004, 389 (*N. Arnold*) = *ecolex* 2005/18, 48 (*Wallner*).

151 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 455 mwN.

Erfüllt die Stiftungserklärung zwar nicht die formellen Voraussetzungen für die Errichtung einer Privatstiftung (etwa weil auf die Form des Notariatsaktes vergessen wurde), liegt aber sonst eine gültige letztwillige Anordnung vor, ist dem erblasserischen Willen im Wege der Konversion möglichst nahe zu kommen. Mitunter wird die missglückte Stiftungserrichtung in eine Auflage umzudeuten sein, eine Stiftung nach dem Willen des Erblassers zu errichten.<sup>152</sup> Die Erben bzw Legatäre<sup>153</sup> bzw der Testamentsvollstrecker<sup>154</sup> haben diesfalls die entsprechende Umsetzung zu bewirken.<sup>155</sup> Insbesondere dann, wenn die Errichtung einer Privatstiftung von Todes wegen scheitert, weil zum Zeitpunkt des Ablebens des Stifters das zur Stiftungserrichtung erforderliche Mindestvermögen<sup>156</sup> nicht (mehr) vorhanden ist,<sup>157</sup> wäre im Wege besagter Konversion auch an die Auflage zur Gründung eines Vereins zu denken.<sup>158</sup>

Generell gilt, dass obige Ausführungen zur fehlerhaften Stiftungserrichtung zu Lebzeiten des Stifters grundsätzlich auch für die Privatstiftung von Todes wegen gelten. Vollmachtsmängel sind allerdings ausgeschlossen, weil die Errichtung einer Privatstiftung von Todes wegen eine letztwillige Verfügung voraussetzt, die vom Grundsatz der Höchstpersönlichkeit geleitet ist.<sup>159</sup>

Aus diesem Grund ist auch die Errichtung einer letztwilligen Privatstiftung von einem Pflegebefohlenen durch dessen Sachwalter nicht möglich. Eine von diesem dennoch errichtete Stiftung wäre nichtig und kann auch noch nach (unrichtiger) Eintragung im Firmenbuch angefochten werden. Auf die Erläuterungen zur Stiftungs-

errichtung durch Geschäftsunfähige kann verwiesen werden.

Weil die Vorstiftung erst mit dem Ableben des Stifters entsteht, kann dieser die Stiftungserklärung bis zu seinem Tod nach Belieben (in Form eines Notariatsaktes oder aber auch bloß durch Beseitigung der bisherigen letztwilligen Verfügung<sup>160</sup>) widerrufen.<sup>161</sup> Dies gilt grundsätzlich auch für den (allenfalls zwischenzeitig) besachwalterten Stifter, dh der Sachwalter des Stifters kann das höchstpersönliche, aber nicht vertretungsfeindliche Widerrufsrecht jederzeit für den Pflegebefohlenen ausüben,<sup>162</sup> allerdings ist der Sachwalter nicht berechtigt (und auch nach § 568 ABGB gar nicht im Stande), letztwillige Verfügungen des Besachwalterten umzustoßen.<sup>163</sup>

Bis zum Invollzugsetzen der Vorstiftung können – wie bei der Stiftungserrichtung unter Lebenden – auch Willensmängel (*ex tunc*) geltend gemacht werden, wobei neben einer Anfechtung zB wegen Irrtums nach §§ 871 ff ABGB (durch den Rechtsnachfolger des Stifters) die Bestimmungen der §§ 570 ff ABGB von Relevanz sein können. Die infolge Stiftungserrichtung verkürzten Erben können daher in diesem Sinne selbst Motivirrtümer des Stifters geltend machen.<sup>164</sup>

Ob eine Anfechtung nach §§ 570 ff ABGB indes auch noch nach Invollzugsetzen der Vorstiftung (mit Wirkung *ex nunc*) in Frage kommt, scheint selbst *Zollner* (der ja eine Irrtumsanfechtung auch noch nach Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch nicht ausschließen will) einzelfallbezogen hinterfragungswürdig zu sein.<sup>165</sup>

152 N. *Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 8 Rz 9; *Wallner*, *ecolex* 2005/18, 48. Vgl auch ErlRV 1132 Blg NR 18. GP, zu § 8 Abs 1 PSG.

153 Vgl OGH 26.11.1996, 1 Ob 2138/96k, SZ 69/263 = JBl 1997, 306 = EFSlg 85.804.

154 Vgl OGH 16.9.1997, 10 Ob 227/97y.

155 N. *Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 8 Rz 9 mwN.

156 Vermögenswidmungen an Privatstiftungen von Todes wegen durch den Stifter erfolgen entweder durch Einsetzung als Erbe oder als Vermächtnisnehmer; eine Schenkung auf den Todesfall scheidet aus, weil bis zum Ableben des Stifters noch keine rechtsfähige Vorstiftung entstanden ist, die diese Schenkung annehmen könnte (N. *Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 8 Rz 10).

157 Dazu, dass das Stiftungsvermögen einer erbrechtlichen Kürzung nach §§ 692, 783 ABGB ausgesetzt sein kann, *Johler* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 (147).

158 Vgl OGH 3.9.1996, 10 Ob 2204/96g, JBl 1997, 643 = NZ 1998, 144 = HS 27.252. Dazu auch *Werkusch* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (76).

159 N. *Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 5; *Werkusch* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (73).

160 Näher dazu N. *Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 16; *Schauer*, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*,

Handbuch PSG, 107 (115 ff); *Johler* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 (148 f); *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 40 f mwN.

161 *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 120.

162 Vgl auch FN 219. Fraglich ist es allerdings mE, ob in der Stiftungsurkunde einer Privatstiftung von Todes wegen die Ausübung des Widerrufs durch einen Sachwalter ausgeschlossen werden kann. Für die Privatstiftung unter Lebenden wird dies zwar für den Widerruf nach § 34 PSG bejaht (vgl N. *Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 34 Rz 8 f), doch handelt es sich hier um einen Widerruf nach § 33 Abs 1 PSG, der gesetzlich vorgesehen ist und dessen Ausschluss in einer Stiftungserklärung normiert würde, welche bei der Privatstiftung von Todes wegen zu Lebzeiten des Stifters noch gar nicht in Kraft wäre.

163 Vgl *Eccher* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB III<sup>4</sup> (2013) § 568 Rz 8. Kritisch darauf hinweisend, dass die Ausübung stifterlicher Gestaltungsrechte mitunter die gleichen Auswirkungen wie die Errichtung bzw die Änderung letztwilliger Verfügungen hat, *Hofmann*, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters? NZ 2007/37, 133; *Reich-Rohrwig/Babinek*, *ecolex* 2011, 687 (689).

164 *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 120.

165 *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 120 f; vgl auch *Schauer* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch PSG, 107 (115).

## 7. Rechte und Pflichten zur Geltendmachung von Errichtungsmängeln

### 7.1 Notar

Gemäß § 52 NO ist der Notar (persönlich) verpflichtet, bei Aufnahme des Notariatsaktes die Fähigkeit und Berechtigung jeder Partei zum Abschluss des Geschäfts nach Möglichkeit zu überprüfen. Eingehende Nachforschungen sind dabei allerdings nicht erforderlich.<sup>166</sup> Des Weiteren hat der Notar die Parteien des Notariatsaktes, mithin den bzw die Stifter bei der Errichtung einer Privatstiftung, über den Sinn und die Folgen des Rechtsgeschäfts zu belehren „und sich von ihrem ernstlichen und wahren Willen zu überzeugen, ihre Erklärung mit voller Klarheit und Bestimmtheit schriftlich aufzunehmen und nach geschעה Vorlesung des Aktes durch persönliches Befragen der Parteien sich zu vergewissern, dass derselbe ihrem Willen entsprechend sei.“<sup>167</sup> Sofern der Notar den Stifter nicht persönlich und dem Namen nach selbst kennt, hat er gemäß § 55 NO dessen Identität zu überprüfen bzw zu erforschen. Dem Notar ist es nach § 34 Abs 2 NO untersagt, mit solchen Personen eine Amtshandlung vorzunehmen, „rücksichtlich deren er weiß oder mit Grund annehmen muss, dass sie wegen Minderjährigkeit oder aus einem anderen Grunde zu dem vorzunehmenden Rechtsgeschäfte unfähig seien.“ Zweifelt demnach der Notar an der Geschäftsfähigkeit der vor ihm erschienenen Partei, muss er die Errichtung des gewünschten Notariatsaktes ablehnen.<sup>168</sup>

Für den Fall, dass der Notar „wegen Mangels der nötigen Vollmacht oder aus anderen Gründen Bedenken gegen die Berechtigung der Partei zu dem in Frage stehenden Geschäfte“ hat, ordnet die Bestimmung des § 36 NO an, dass der Notar diese Bedenken (zB an einer noch aufrechten Bevollmächtigung oder hinsichtlich des erforderlichen Umfangs der Vollmacht) zu äußern hat. Besteht der Betreffende auf die Errichtung der Stiftungserklärung, muss der Notar seine Bedenken in die Notariatsurkunde aufnehmen. Lehnt die Partei einen solchen Zweifelsvermerk ab, so hat der Notar die Amtshand-

lung zu verweigern.<sup>169</sup> Gleiches gilt „bei Unglaubwürdigkeit oder bei offenbarer Unwirksamkeit der vorgelegten Vollmachtsurkunde.“

Gemäß § 13 FBG trifft Notare als Gerichtskommissäre in Verlassenschaftsverfahren die Pflicht, die „zu ihrer Kenntnis gelangenden Fälle einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Anmeldung oder Eintragung dem Firmenbuch unverzüglich mitzuteilen.“ Wie vorhin bereits kurz ausgeführt, mag diese Mitteilungspflicht in der Praxis nicht bloß im Zusammenhang mit der Privatstiftung von Todes wegen von Bedeutung sein, sondern auch dann, wenn der Stifter – mE zu Unrecht – eine Privatstiftung unter Lebenden errichtet, jedoch den Stiftungsvorstand angewiesen hat, die Anmeldung der Stiftung erst nach dem Ableben des Stifters vorzunehmen.

### 7.2 Firmenbuchgericht

Das Firmenbuchgericht hat die Stiftungsurkunde in materieller und formeller Hinsicht zu prüfen.<sup>170</sup> Darüber hinaus ist anhand der Erklärungen der Vorstandsmitglieder nach § 12 Abs 2 Z 2 PSG und der vorzulegenden Bankbestätigung sowie allenfalls des Gründungsprüfberichts (§ 12 Abs 2 Z 3 u 4 PSG) festzustellen, ob das gewidmete Mindestvermögen geleistet wurde und sich in der freien Verfügung des Vorstands befindet.<sup>171</sup> Bei seiner Prüfung hat das Firmenbuchgericht gemäß § 15 Abs 1 FBG iVm § 16 AußStrG von Amts wegen dafür zu sorgen, dass alle für die Eintragung maßgeblichen Umstände aufgeklärt werden.<sup>172</sup>

Ist eine Anmeldung „zur Eintragung in das Firmenbuch unvollständig oder steht der Eintragung ein sonstiges behebbares Hindernis entgegen, so hat das Gericht dem Antragsteller die Behebung des Mangels aufzutragen“ (§ 17 FBG), wobei das Gesetz nicht zwischen Form- und Inhaltsmängeln unterscheidet,<sup>173</sup> dh sowohl bei inhaltlich fehlerhaften Stiftungsurkunden als auch bei formellen Fehlern (wie zB bei einer unzureichenden Spezialvollmacht des bevollmächtigten Unterzeichners der notariellen Stiftungsurkunde<sup>174</sup> oder bei fehlender pfleg-

166 Näher dazu *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 52 Rz 2: „Der Notar ist nicht etwa verpflichtet, einen Sachverständigen aus dem Fach der Psychologie oder Psychiatrie beizuziehen, muss aber in jedem Fall in einem kurzen Gespräch mit jeder Partei deren Geschäftsfähigkeit prüfen. Das ist möglich und zumutbar.“ Vgl dazu auch *Hochedlinger*, GesRZ 2010, 165 (166 f); *G. Nowotny* in FS Torggler, 895 (898).

167 *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 52 Rz 2: „... Trunkenheit wird am ernstlichen und wahren Willen zweifeln lassen.“

168 *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 36 NO Rz 5. Zur Haftung des Notars bei Nichtbeachtung dieser Grundsätze vgl OGH 13.12.1988, 4 Ob 631/88, SZ 61/264 = EvBl 1989/105 = wbl 1989, 159 = RdW 1989, 127 = HS 18.235.

169 *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 36 NO Rz 3 f.

170 Ausf dazu *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 13 ff; vgl auch *Weigand*, Firmenbuchrechtliche Prüfungspflicht bei Anmeldungen von Bestellung und Abberufung vertretungsbefugter Personen, NZ 2003, 65 ff; *G. Nowotny*, Die Anforderung an die Stiftungsurkunde, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten, 137 (139). Zur materiellen Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichts iZm der Anmeldung von Privatstiftungen s insb OGH 22.6.1995, 6 Ob 15/95, EvBl 1995/189 = ecolx 1995, 903 = RdW 1995, 468 = wbl 1995, 464 = NZ 1996, 249 = HS 26.253.

171 *Werkusch* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 71 (97 f).

172 *G. Nowotny* in FS Torggler, 895 (900).

173 *Zib* in *Zib/Dellinger*, GroßKomm UGB I § 17 FBG Rz 2.

174 Vgl OLG Graz 23.1.2003, 4 R 7/03m, NZ 2004/39.

schaftsgerichtlicher Genehmigung<sup>175</sup>) hat das Firmenbuchgesuch mit Verbesserungsauftrag vorzugehen.<sup>176</sup> Geht allerdings aus der Anmeldung hervor, dass eine Stiftungsurkunde noch gar nicht errichtet ist, muss dies zur Abweisung des Antrags führen.<sup>177</sup>

Kein positiver Eintragungsbeschluss darf auch gefasst werden, wenn dem Gericht bekannt ist, dass die Anmeldung ganz oder teilweise unrichtig ist,<sup>178</sup> etwa weil die der Anmeldung zugrunde liegende Stiftungserklärung gegen gesetzliche Verbote (zB gegen das in § 1 Abs 2 Z 1 PSG verankerte Verbot einer über eine bloße Nebentätigkeit hinausgehenden gewerbsmäßigen Tätigkeit) verstößt.<sup>179</sup>

Im Übrigen besteht eine Prüfpflicht des Firmenbuchs nur bei begründetem Verdacht, dass die Anmeldung nicht den Tatsachen oder der Wahrheit entspricht.<sup>180</sup> Die Prüfpflicht des Firmenbuchs darf nämlich nach hA nicht überspannt werden und läuft im Wesentlichen auf eine Plausibilitätsprüfung hinaus.<sup>181</sup> Erhält der Firmenbuchrichter allerdings einen konkreten Hinweis auf Eintragungshindernisse, ist er verpflichtet, einem solchen Hinweis nachzugehen, uzw selbst dann, wenn dem Gericht dazu (noch) keine Beweismittel (zB in Bezug auf die Geschäftsunfähigkeit des Stifters) vorliegen.<sup>182</sup>

Sobald also gegenüber dem Firmenbuchgericht zB Bedenken hinsichtlich der vollen Geschäftsfähigkeit des Stifters geäußert werden – man denke etwa an diesbezügliche Behauptungen von Familienangehörigen des Stifters,<sup>183</sup> oder aber an den Umstand, dass der Stiftungsvorstand im Zuge der Anmeldung der Privatstiftung entsprechende Vorbehalte (welcher Art immer im Hinblick auf die beantragte Eintragung der Stiftung im Firmenbuch; zur den diesbezügl Pflichten des Vorstands weiter unten) vorträgt<sup>184</sup> – hat das Gericht diese Hinweise zu beachten. Bei Bedenken zur Geschäftsfähigkeit des

(noch lebenden<sup>185</sup>) Stifters bedeutet dies, dass das Eintragungsverfahren gem § 19 Abs 1 FBG zu unterbrechen ist<sup>186</sup> und das Firmenbuchgericht beim Pflschaftsgericht eine Überprüfung der Geschäftsfähigkeit des Stifters anzuregen hat.<sup>187</sup>

Angesichts der vorhin skizzierten, keineswegs umfassenden Prüfpflicht des beurkundenden Notars darf das Firmenbuchgericht somit nicht schon allein aus dem Vorliegen eines Notariatsaktes – auch wenn solcher freilich ein starkes Indiz für die Geschäftsfähigkeit des Stifters ist<sup>188</sup> – zwingend davon ausgehen, dass der Stifter zum Zeitpunkt der Errichtung des Notariatsaktes voll geschäftsfähig war.<sup>189</sup> Umgekehrt wäre es natürlich ebenso unzulässig, bloß aus dem (hohen) Alter des Stifters eine Indizwirkung mit Blickrichtung auf Verlust der vollen Geschäftsfähigkeit ableiten zu wollen.<sup>190</sup>

Grundsätzlich muss daher das Firmenbuchgericht von der Geschäftsfähigkeit des Stifters ausgehen.<sup>191</sup> Ergibt jedoch eine (allenfalls vom Firmenbuchgericht angeregte) Prüfung des Pflschaftsgerichts, dass der Stifter bei der Errichtung des Notariatsaktes geschäftsunfähig war, ist die Stiftungserklärung, wie weiter oben dargelegt, (schwebend) unwirksam, dh das Firmenbuchgericht hat die Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch abzulehnen<sup>192</sup> (sofern die Stiftungerrichtung nicht vom Sachwalter des Stifters sowie vom Pflschaftsgericht genehmigt wird<sup>193</sup>).

Ebenso hat, wie weiter oben bereits ausgeführt, das Firmenbuchgericht die Eintragung der Privatstiftung insbesondere dann zu versagen, wenn die Stiftungserklärung gegen gesetzliche Verbote verstößt, oder wenn sich zB herausstellt, dass der Stifter die Stiftungserklärung lediglich unter Zwang abgegeben hat. Liegt indes ein bloßer Fall der Anfechtbarkeit wegen Irrtums vor, steht dies einer registerlichen Durchführung nicht entgegen, wenn

175 Jöhler in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 131 (140).

176 N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 13 Rz 6 mwN.

177 OGH 26.6.2014, 6 Ob 73/14z: „Ein Verbesserungsverfahren kommt bei fehlenden Urkunden idR dann nicht in Betracht, wenn diese überhaupt erst errichtet werden müssen.“ Vgl auch OLG Wien 23.3.1992, 6 R 146/91, NZ 1992, 299 (zum „Gesellschaftsvertrag erst in Ausarbeitung“); OLG Wien 23.11.2006, 28 R 183/06x, ZFS 2007, 16 = NZ 2007, Ps 16 = GES 2007, 85 = HS 37.187 = HS 37.192 (zum offensichtlichen Fehlen eines Beschlusses zur Änderung einer Stiftungsurkunde).

178 Kodek in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 17 mwN.

179 Zollner, *Eigennützige Privatstiftung*, 102.

180 Kodek in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 19.

181 Zib in *Zib/Dellinger*, GroßKomm UGB I § 15 FBG Rz 6 mwN; Kodek in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 20 mwN; vgl auch Weigand, NZ 2003, 65 (71).

182 G. Nowotny in FS Torggler, 895 (900).

183 Vgl Zentrum für Stiftungsrecht, *Résumé-Protokoll „Aktuelles zum Stiftungsrecht“*, GesRZ 2012, 345.

184 So ausdrücklich OGH 28.8.2014, 6 Ob 98/14a.

185 Zur Vorgangsweise, wenn der Stifter zwischenzeitig verstorben ist (vgl dazu etwa den der E OGH 6 Ob 98/14a zugrunde liegenden

Sachverhalt) – hier scheidet nämlich eine Befassung des Pflschaftsgerichts aus – G. Nowotny in FS Torggler, 895 (907).

186 Vgl OGH 15.10.2012, 6 Ob 62/12d, ZFS 2012, 194 (Hager) = RdW 2012/755, 724 = PSR 2013/18, 71 = GesRZ 2013, 98 (Arturo) = wbl 2013/16, 49 = AnwBl 2013, 188.

187 Ausf dazu G. Nowotny in FS Torggler, 895 (900 ff); vgl auch Zentrum für Stiftungsrecht, *Résumé-Protokoll „Aktuelles zum Stiftungsrecht“*, GesRZ 2012, 345.

188 Zentrum für Stiftungsrecht, *Résumé-Protokoll „Aktuelles zum Stiftungsrecht“*, GesRZ 2012, 345.

189 Näher dazu G. Nowotny in FS Torggler, 895 (898 f).

190 So Zentrum für Stiftungsrecht, *Résumé-Protokoll „Aktuelles zum Stiftungsrecht“*, GesRZ 2012, 345; N. Arnold, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 34a.

191 G. Nowotny in FS Torggler, 895 (899).

192 Zu Maßnahmen, die der Firmenbuchrichter diesfalls uU gegen den beurkundenden Notar einzuleiten hat (wie insb Anzeige an die Notariatskammer, bei Verdacht auf vorsätzliche Malversationen auch Strafanzeige), s G. Nowotny in FS Torggler, 895 (906 f).

193 Vgl G. Nowotny in FS Torggler, 895 (903), der ua darauf hinweist, dass seine solche Genehmigung durch den Sachwalter der Form des Notariatsaktes bedarf.



die Stiftung zum Eintragungszeitpunkt noch nicht angefochten ist.<sup>194</sup>

Bereits mehrfach hat der OGH festgehalten, dass gravierende Mängel der Stiftungserklärung auch noch nach Eintragung der Privatstiftung vom Gericht aufgegriffen werden können, insbesondere etwa die Geschäftsunfähigkeit des Stifters bei Änderung der Stiftungserklärung.<sup>195</sup> Aber auch bei sonstigen schwerwiegenden Fehlern ist es nicht gesagt, dass diese mit der Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch heilen: Weil, wie bereits dargelegt, im Rahmen des Eintragungsverfahrens keine umfassende Prüfung der materiellen Wirksamkeit der Stiftungsurkunde stattfindet, sondern das Firmenbuch auf das Aufgreifen jener Umstände beschränkt ist, hinsichtlich derer es von Amts wegen oder aufgrund der Eingaben eines Beteiligten Bedenken hegt,<sup>196</sup> können auch dem Gericht erst später bekannt werdende Verstöße gegen gesetzliche Verbote entsprechend berücksichtigt werden. In E 6 Ob 157/12z<sup>197</sup> in diesem Zusammenhang ausdrücklich von OGH erwähnt wird etwa der Fall des Verstoßes gegen die Inkompatibilitätsbestimmung des § 15 PSG, in concreto die in der Stiftungsurkunde vorgenommene Bestellung der Tochter des alleinbegünstigten Stifters zum Mitglied des Stiftungsvorstands.<sup>198</sup>

Welche (schwerwiegenden) Mängel nun wirklich im Einzelfall mit Blick auf die Lehre vom fehlerhaften Verband und die damit einhergehenden Verkehrsschutzüberlegungen auch noch nach Eintragung der Stiftungsurkunde geltend gemacht werden können, ist leider nicht abschließend geklärt.<sup>199</sup>

### 7.3 Stiftungsvorstand

Hat der Stiftungsvorstand seine Bestellung zum Vorstand angenommen, sodann aber Zweifel an der (uneinge-

schränkten) Geschäftsfähigkeit des Stifters zum Zeitpunkt der Stiftungserrichtung (dh Zweifel am rechtsgültigen Notariatsakt bzw an seiner Vorstandsbestellung), hat er das dem Firmenbuchgericht mitzuteilen. Keinesfalls darf der Stiftungsvorstand die Frage der Geschäftsfähigkeit des Stifters selbst beurteilen und die Anmeldung zum Firmenbuch deswegen verzögern oder gar unterlassen.<sup>200</sup> Gleiches gilt für sonstige formelle oder materiellrechtliche Bedenken des Stiftungsvorstands im Hinblick auf die Stiftungserklärung (dh Stiftungsurkunde, aber auch Zusatzurkunde). Auch diese Zweifel und Bedenken sollte der Vorstand in seine Firmenbuchanmeldung aufnehmen.<sup>201</sup>

Lediglich in ganz eindeutigen Fällen der Unwirksamkeit der Stiftungserklärung – *Karollus* nennt im gegebenen Zusammenhang das Fehlen der erforderlichen Notariatsaktsform<sup>202</sup> – wird der Stiftungsvorstand von einer Anmeldung beim Firmenbuch Abstand nehmen können. Im Übrigen (dh immer dann, wenn die Frage der Wirksamkeit der Stiftungserklärung nicht zweifellos feststeht) hat der Stiftungsvorstand eine diesbezügliche Eigenbeurteilung zu unterlassen. Auch auf Literaturstimmen oder allfällige Rechtsgutachten, nach denen die gegenständliche Stiftungserrichtung unwirksam wäre, darf sich der Stiftungsvorstand nicht verlassen. Vielmehr ist vom Vorstand eine gerichtliche Klärung zu suchen, indem dieser die Stiftungserrichtung zum Firmenbuch anmeldet und dem Gericht sämtliche seiner Bedenken schildert. Falls das Firmenbuchgericht eine Eintragung ablehnt, ist der Stiftungsvorstand in aller Regel – insbesondere aber dann, wenn sich der Stifter weigert, einem Verbesserungsauftrag des Gerichts (§ 17 FBG) nachzukommen – dazu verpflichtet, (namens der Privatstiftung<sup>203</sup>) die Eintragung der Stiftung im Rechtsmittelweg weiterzuverfolgen.<sup>204</sup>

Trägt hingegen das Firmenbuchgericht die Privatstiftung ein, ohne damit die Skepsis des Stiftungsvorstands

194 *Zollner*, Eigennützige Privatstiftung, 102 mwN.

195 Vgl insb OGH 16.3.2011, 6 Ob 194/10p, ZFS 2011, 67 = PSR 2011/22, 95 = GesRZ 2011, 250 (*Bauer*) = wbl 2011/207, 563 = *ecolex* 2011/210, 537 = RdW 2011/274, 280. Vgl auch *G. Nowotny* in FS Torggler, 895 (907).

196 Vgl *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 18 ff; *Weigand*, NZ 2003, 65 (71).

197 OGH 15.10.2012, 6 Ob 157/12z, EvBl 2013/53 = PSR 2012/49 (*Murko*) = GesRZ 2013, 103 (*Zollner*) = ZFS 2013, 21 = NZ 2013/27, 49 (*Haberer*) = *ecolex* 2013/137, 350 (*Rizzi*) = wbl 2013/39, 109 = GES 2013, 19 = AnwBl 2013, 105.

198 Vgl OGH 15.12.2004, 6 Ob 180/04w, GesRZ 2005, 140 = GES 2005, 154 (*N. Arnold*) = *ecolex* 2005/210, 453 = RdW 2005/317, 295 = wbl 2005/179, 332 = RZ-EÜ 2005/54 = AnwBl 2006, 369.

199 Vgl dazu *Zollner*, GesRZ 2013, 107; *ders*, Überblick über die höchstgerichtliche Judikatur in Stiftungssachen im Jahr 2012, PSR 2013/4, 16 (19 f); *Haberer*, NZ 2013/27, 49 (51 f).

200 *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 34a; *K. Oberndorfer/N. Leitner*, ZFS 2010, 99 (100); OGH 28.8.2014, 6 Ob 98/14a; vgl auch OGH 17.12.2009, 6 Ob 233/09x, GES 2009, 394 (*Lauss*) = ZFS 2010, 14 (*Lauss*) = PSR 2010/5, 39 = GesRZ 2010, 165 (*Hochedlinger*) = RdW 2010/218, 212. Die von *K. Berger* vertretene Auffassung, wonach der Stiftungsvorstand (nach seiner eigenen Beurteilung)

unwirksame Änderungen der Stiftungsurkunde nicht zum Firmenbuch anmelden dürfe, ist überholt (vgl *K. Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 33 Rz 35); diese Rechtsansicht zu Recht ablehnend daher *Karollus* in FS Torggler, 585 (596). Ähnl wie *K. Berger* allerdings grundsätzlich auch *G. Nowotny*, der aber im Lichte des Risikos des Vorstands, eine womöglich gültige Urkunde dem Firmenbuch nicht vorzulegen, letztlich doch zum (heute von der hM vertretenen) Ergebnis gelangt, dass der Stiftungsvorstand die Stiftungserklärung „unter gleichzeitigem Hinweis auf die [allfällige] Geschäftsunfähigkeit des Stifters“ anzumelden habe (vgl *G. Nowotny* in FS Torggler, 895 [905]).

201 OGH 28.8.2014, 6 Ob 98/14a; *Karollus* in FS Torggler, 585 (595 ff); *K. Oberndorfer/N. Leitner*, ZFS 2010, 99 (100); *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 12 Rz 10a f.

202 *Karollus* in FS Torggler, 585 (596).

203 Vgl OGH 26.6.2014, 6 Ob 73/14z (abgedruckt in diesem Heft): „... Bei Ablehnung der Eintragung ist daher die Privatstiftung beschwert und als Partei (§ 2 Abs 1 Z 2 AußStrG iVm § 15 Abs 1 FBG) rekurs- und revisionsrekursberechtigt. Hingegen sind die Mitglieder des Vorstands im Eintragungsverfahren durch die Ablehnung der Eintragung der Privatstiftung nicht unmittelbar betroffen, sodass ihnen keine Parteistellung gem § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG zukommt.“

gänzlich zerstreut zu haben, stellt sich die Frage, ob dem Vorstand (als Kollegialorgan<sup>205</sup>) Rechtsmittellegitimation gegen die von ihm mit Bedenken beantragte Eintragung der Stiftung zukommt. Erfreulicherweise hat der OGH ein solches Recht kürzlich im Zusammenhang mit unklaren Änderungen einer Stiftungsurkunde bejaht.<sup>206</sup> ME sollte diese Möglichkeit der Abklärung eines fraglichen Rechtsverhältnisses – ungeachtet der Tatsache, dass dem Stiftungsvorstand nach der Judikatur des OGH im Eintragungsverfahren grundsätzlich keine Parteistellung zukommt<sup>207</sup> – auch bei zweifelhaften Stiftungserrichtungen bestehen.

Unbeschadet davon ist der Stiftungsvorstand berechtigt, ja möglicherweise verpflichtet – letzteres kann mE nur einzelfallspezifisch beurteilt werden (und hängt wohl auch davon ab, in wie weit tatsächlich eine Klärung der vom Vorstand vorgetragenen Bedenken im Firmenbuchverfahren erfolgt)<sup>208</sup> – seine Zweifel (an der Richtigkeit der Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch) in einem streitigen Verfahren klären zu lassen.<sup>209</sup>

Erlangt der Stiftungsvorstand erst während des Eintragungsverfahrens (dh nach Absendung des Firmenbuchgesuchs, jedoch noch vor erfolgter Eintragung der Stiftung im Firmenbuch) Kenntnis von gravierenden Mängeln bzw Malversationen beim Zustandekommen der Stiftungserrichtung, so hat der Vorstand, sofern er diese Umstände selbst mit Bestimmtheit beurteilen kann, die Anmeldung zu widerrufen<sup>210</sup> bzw bei Zweifeln (zB an der Geschäftsfähigkeit des Stifters) die betreffenden Bedenken dem Gericht unverzüglich mitzuteilen (und so dann die eben aufgeführten Schritte zu setzen).

Hegt der Stiftungsvorstand erst nach erfolgter Eintragung der Privatstiftung ins Firmenbuch Bedenken im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit des Stifters zum Zeitpunkt der Errichtung der Stiftungserklärung bzw

hat er erst dann begründeten Verdacht in Bezug auf sonstige gravierende Mängel (zB arglistige Täuschung des Stifters), ist er wohl verpflichtet, die Wirksamkeit der seinerzeitigen Willenserklärung des Stifters (insb im Wege einer Feststellungsklage) prüfen zu lassen.<sup>211</sup> Ein unmittelbares Vorgehen nach § 10 Abs 2 FBG (dh ein Antrag auf Löschung der Privatstiftung ohne vorheriges Feststellungsverfahren) kommt lt *N. Arnold*, selbst wenn es für den Stiftungsvorstand zweifelsfrei erwiesen ist, dass die Stiftung (zB wegen Geschäftsunfähigkeit des Stifters bei Errichtung der Stiftungserklärung) unter einem schweren Mangel leidet, (anders als bei Eintragungen einer unwirksamen Änderung der Stiftungserklärung<sup>212</sup>) nicht in Betracht.<sup>213</sup>

Diejenigen allfälligen Mängel, die der Vorstand nicht im Wege eines Feststellungsverfahrens gerichtlich klären lassen kann, insbesondere einzelne inhaltliche Fehler der Stiftungserklärung,<sup>214</sup> werden mE einzelfallspezifisch durch Einholung von Rechtsgutachten zu prüfen sein. Schließlich braucht der Stiftungsvorstand Gewissheit darüber, welche Bestimmungen der Stiftungserklärung er zu beachten hat und welche er als rechtlich unbeachtlich ansehen muss.<sup>215</sup>

#### 7.4 Sonstige Personen

Nachdem die Parteistellung, insbesondere die Rechtsmittellegitimation von anderen Personen als dem Stiftungsvorstand und der Privatstiftung im Firmenbuchverfahren sehr eng gezogen ist,<sup>216</sup> kommt einer Klärung der Frage des (Nicht-)Bestehens von Rechten und Rechtsverhältnissen im streitigen Verfahren mitunter durchaus erhebliche Bedeutung zu. Nach § 228 ZPO hat neben der durch den Vorstand vertretenen Privatstiftung grundsätzlich jede Person, die ein rechtliches

204 So *Karollus* in FS Torggler, 585 (597 f) zur Eintragung von (bedenklichen) Änderungen der Stiftungserklärung.

205 Vgl dazu OGH 14.1.2010, 6 Ob 261/09i, EvBl 2010/74 (*Schimka*) = ZFS 2010, 62 = PSR 2010/17, 8 (*N. Arnold*) = GesRZ 2010, 230 (*Csoklich*) = RdW 2010/299, 284 = eclex 2010/164, 465 = ZIK 2010/172, 119 = NZ 2011/15 = AnwBl 2011, 60.

206 OGH 28.8.2014, 6 Ob 98/14a (abgedruckt in diesem Heft).

207 OGH 26.6.2014, 6 Ob 73/14z; näher dazu FN 203. Anders hingegen die Stellung des Vorstands iZm der Eintragung von Änderungen der Stiftungserklärung, OGH 28.8.2014, 6 Ob 98/14a: „Nach hA ist der Stiftungsvorstand im Genehmigungsverfahren nach § 33 Abs 3 PSG auch rechtsmittellegitimiert.“ Vgl auch OGH 24.5.2006, 6 Ob 78/06y, ZFS 2006, 118 = RdW 2006/590, 631 = wbl 2006/228, 486 = JEV 2007/9 = NZ 2007, Ps 14, 28 = eclex 2007/2, 24 = AnwBl 2008, 197 = HS 37.169; OGH 14.1.2010, 6 Ob 261/09i, EvBl 2010/74 (*Schimka*) = ZFS 2010, 62 = PSR 2010/17, 8 (*N. Arnold*) = GesRZ 2010, 230 (*Csoklich*) = RdW 2010/299, 284 = eclex 2010/164, 465 = ZIK 2010/172, 119 = NZ 2011/15 = AnwBl 2011, 60; OGH 14.1.2010, 6 Ob 261/09i, EvBl 2010/74 (*Schimka*) = ZFS 2010, 62 = PSR 2010/17, 8 (*N. Arnold*) = GesRZ 2010, 230 (*Csoklich*) = RdW 2010/299, 284 = eclex 2010/164, 465 = ZIK 2010/172, 119 = NZ 2011/15 = AnwBl 2011, 60.

208 Zu Recht kritisch der OGH in E 6 Ob 98/14a im Hinblick auf die (vorinstanzliche) Entscheidung des OLG Wien 2.4.2014, 28 R 3/14p (s OGH 28.8.2014, 6 Ob 98/14a).

209 Zur Frage, ob die (Nicht-)Führung eines solchen streitigen Verfahrens eine Pflichtverletzung des Vorstands darstellt, s auch *Karollus* in FS Torggler, 585 (598).

210 Vgl dazu *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 12 Rz 14.

211 Vgl *K. Oberndorfer/N. Leitner*, ZFS 2010, 99 (101 ff); *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 50.

212 Dazu *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 70d; *K. Oberndorfer/N. Leitner*, ZFS 2010, 99 (104).

213 Vgl *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 22a.

214 Nicht nach § 228 ZPO feststellungsfähig sind insbesondere abstrakte Rechtsfragen sowie Einzelelemente von Rechtsverhältnissen; näher dazu *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup> (2014) § 228 Rz 5. Vgl im gegebenen Zusammenhang auch *Karollus* in FS Torggler, 585 (598).

215 Vgl *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 7 Rz 19b.

216 Vgl dazu OGH 28.8.2014, 6 Ob 98/14a; *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 13 Rz 10 u § 33 Rz 72a ff; *Kodek/Zollner*, Rechtsschutz der Begünstigten – Die verfahrensrechtliche Absicherung der Rechte der Begünstigten, PSR 2009/2, 4.

Interesse geltend machen kann, insbesondere also auch der Stifter selbst, das Recht, die Unwirksamkeit der Stiftungserklärung als solche feststellen zu lassen.<sup>217</sup>

Wird für den Stifter nach Errichtung der Privatstiftung ein Sachwalter bestellt und hegt dieser Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Stiftungserklärung, ist dieser mE nicht nur berechtigt, sondern in aller Regel verpflichtet, die Wirksamkeit der seinerzeitigen Willenserklärung des Stifters gerichtlich prüfen zu lassen;<sup>218</sup> gegebenenfalls hat der Sachwalter auch eine bereits errichtete Privatstiftung zu widerrufen.<sup>219</sup>

Die zuvor beim Stiftungsvorstand erörterte Anzeigepflicht gegenüber dem Gericht bei vermuteter Geschäftsunfähigkeit wird im Schrifttum auch für andere Stiftungsorgane wie zB den Stiftungsprüfer bejaht.<sup>220</sup> Will man dem folgen, so muss dies wohl (zumindest) auch im Hinblick auf andere schwerwiegende Mängel gelten, die vom Gericht von Amts wegen noch nach Eintragung der Privatstiftung aufgegriffen werden können. Eine allfällige Pflicht zur Führung eines Feststellungsverfahrens nach § 228 ZPO liegt aber mE lediglich beim Stiftungsvorstand (sowie gegebenenfalls bei einem für den Stifter bestellten Sachwalter).

217 Zentrum für Stiftungsrecht, Résumé-Protokoll „Aktuelles zum Stiftungsrecht“, GesRZ 2012, 345 (346).

218 So wohl auch K. Oberndorfer/N. Leitner, ZFS 2010, 99 (104).

219 Dazu dass das Widerrufsrecht grundsätzlich auch vom Sachwalter eines geschäftsunfähigen Stifters ausgeübt werden kann, OGH 11.9.2003, 6 Ob 106/03m, GES 2003, 483 = EvBl 2004/59 = Ges-

RZ 2004, 210 = RdW 2004/65, 89 = NZ 2005, Ps 5; Ofner, Widerruf einer Privatstiftung durch den Sachwalter des Stifters, NZ 2001, 270; N. Arnold, Ausübung der Gestaltungsrechte eines Stifters durch seinen Sachwalter, GES 2003, 479. Krit Hofmann, NZ 2007/37, 133.

220 K. Oberndorfer/N. Leitner, ZFS 2010, 99 (100).

## LIECHTENSTEIN AKTUELL

### Beschlossene und geplante Gesetzesänderungen im Jahr 2014

In den letzten Monaten wurden zahlreiche Gesetzesänderungen vom liechtensteinischen Landtag beschlossen bzw. einer ersten Lesung unterzogen. Darunter befinden sich auch mehrere Gesetze (bzw Gesetzesentwürfe), welche für liechtensteinische Stiftungen, deren Begünstigte und Stiftungsräte von Bedeutung sind.

**Deskriptoren:** Liechtenstein, Amtshilfe, Steuergesetz, segmentierte Verbandsperson, Protected Cell Company.

**Normen:** Art. 24 Abs. 1 Landesverfassung (FL), Art. 15 Abs. 2 Bst. o SteG (FL), Art. 24 Abs. 1 SteG (FL), Art. 25 Abs. 3 SteG (FL), Art. 47 Abs. 3 Bst. 1 und Abs. 4 Bst. c SteG (FL), Art. 48 Abs. 1 Bst. f sowie Abs. 2 Bst. c und d SteG (FL), Art. 54 Abs. 2 bis 4 SteG (FL), Art. 28a bis f SteAHG (FL), Art. 28a bis f AHG-USA (FL), Art. 107 Abs. 4a PGR (FL), Art. 243 PGR (FL), Art. 243 a bis h PGR (FL), § 4 Abs. 1 ADG (AT).

Von Thomas Hosp und Martina Benedetter

#### 1. Beschlossene Änderungen des Steuergesetzes

Der liechtensteinische Landtag hat am 04.09.2014 Änderungen des 2011 totalrevidierten Steuergesetzes beschlossen,<sup>1</sup> welche zum überwiegenden Teil rückwirkend für das Steuerjahr 2014 in Kraft treten werden, da kein Begehren auf Volksabstimmung bis zum Ablauf der Referendumsfrist per 10.10.2014 gestellt wurde. Diese Rückwirkung der Gesetzesänderung stellt ein Novum im liechtensteinischen Steuerrecht dar und wurde bereits mehrfach kritisiert.

Für Stiftungen bzw. Anstalten, welche der ordentlichen Besteuerung in Liechtenstein unterliegen, sind insbesondere

1 Referendumsvorlage zum Gesetz vom 04. September 2014 über die Abänderung des Steuergesetzes.