

Résumé-Protokoll des Workshops „Aktuelles zum Stiftungsrecht“

ZENTRUM FÜR STIFTUNGSRECHT

Am 6.3.2014 veranstaltete das Zentrum für Stiftungsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien wiederum einen Workshop, dessen Ziel die Entwicklung eines gemeinsamen Verständnisses der Teilnehmer für maßgebliche Fragen des Privatstiftungsrechts war. Firmenbuchrichter, Rechtsanwälte und sonstige Praktiker sowie Universitätsangehörige nahmen an der Veranstaltung teil. Geleitet und moderiert wurde die Diskussion von Frau Univ.-Prof. Dr. *Susanne Kalss*. Ausdrücklich soll wiederum darauf hingewiesen werden, dass aus dem Protokoll nicht abgeleitet werden kann und soll, dass die Firmenbuchgerichte oder die anderen Gerichte diese Ergebnisse auf alle zukünftigen Fälle anwenden und sich daran halten werden. Im Rahmen dieses Workshops wurden insb auch Entscheidungen des OGH und der Instanzgerichte kritisch gewürdigt. Ziel war es dabei, Argumente und Begründungen zu erhellen und in einem fruchtbaren Dialog auf ihre Tragfähigkeit zu prüfen. Schließlich sollen der Praxis Handlungsanleitungen für die von den Gerichten festgestellte Rechtslage gegeben werden.

I. Beirat der Privatstiftung

1. Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 9.9.2013, 6 Ob 139/13d,¹ ausgesprochen, dass eine Satzungsbestimmung, nach der ein aus Begünstigten besetzter Beirat

- zur Bestellung und Abberufung des Vorstands aus wichtigem Grund,
- zur Festlegung der Vergütung des Stiftungsvorstands,
- zur Zustimmung betreffend die Festlegung der Vergütung durch den Stiftungsvorstand und
- zur Zustimmung zu mehreren Maßnahmen des Stiftungsvorstands

berufen ist, mit dem PSG nicht vereinbar ist, da der Beirat dadurch aufsichtsratsähnlich ausgestaltet sei und daher die Regelungen über die Besetzung gem § 23 PSG einzuhalten seien. Der OGH hat damit über den Gesetzeswortlaut hinaus den bloß vom Begünstigten bestellten Beirat einem aus begünstigten bestehenden Beirat gleichgestellt und sich daher mit wenig überzeugender Argumentation auch gegen die Absicht der Novellengesetzgebung 2011 gestellt. Selbst wenn in der Literatur dazu bereits zu Recht erhebliche Bedenken erhoben wurden und die Einschätzung und Qualifikation durch das Höchstgericht offensichtlich überschießend sind und zu weit gehen, so kommt die Praxis nicht umhin, diese Judikatur bei der künftigen Gestaltung von Beiräten in Stiftungen zu berücksichtigen und bei der Qualifikation von Maßnahmen von Beirat und Stiftungsvorstand zu beachten. Letztlich blieb offen, ob das Höchstgericht allein die Kumulation der Rechte bemängelt (Gesamtbetrachtung) oder jede angesprochene Einzelkompetenz für sich genommen für bedenklich hält. Letztere Auffassung hätte umso prekärere Auswirkungen.

Die Entscheidung des OGH, die bereits zur neuen Rechtslage ergangen ist und durch welche die Absicht des Gesetzgebers konterkariert wird, wirft für die Praxis schwierige Anwendungs- und Gestaltungsfragen auf. Durch die nunmehr noch einmal zugespitzte Judikatur wird eine teils erhebliche Rechtsunsicherheit für bestehende Stiftungen herbeigeführt. In rund zwei Drittel aller Privatstiftungen ist ein Beirat

installiert oder zumindest die Einrichtung eines solchen Organs in der Stiftungserklärung vorgesehen.²

2. Nach dieser Entscheidung und der Entscheidung vom 8.5.2013, 6 Ob 42/13i,³ sind mehrere Typen von Stiftungsbeiräten zu unterscheiden, die sich nach ihrer Zusammensetzung, vor allem aber in ihrem Verhältnis zu den Bestellungsberechtigten, voneinander unterscheiden. In der eben genannten Entscheidung hatte der OGH ausgesprochen, dass ein Beirat, der zwar nicht mit Begünstigten besetzt sei, aber dessen Mitglieder von Begünstigten auf nicht mehr als drei Jahre bestellt werden und die nicht nur aus wichtigem Grund abberufen werden können, nicht unabhängig sei. Vielmehr hingen diese Beiratsmitglieder „gleich einem Gängelband“ an den Begünstigten. Daher sei ein Beirat, der aus jederzeit abberufbaren Mitgliedern ohne Mindestbestelldauer besteht und dessen Mitglieder von Begünstigten bestellt werden, einem Begünstigtenbeirat gleichzustellen. Für einen Begünstigtenbeirat gelte daher ebenso wie für einen Beirat mit am Gängelband hängenden Mitgliedern (somit aus jederzeit abberufbaren oder nur für kurze Zeit bestellten Beiratsmitgliedern) die Einschränkung gem § 14 Abs 4 PSG. Nach § 14 Abs 4 PSG darf Begünstigten, deren Angehörigen oder von diesen Beauftragten in einem Beirat für die Abberufung eines Vorstandsmitglieds aus einem nicht in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Grund nicht die Stimmenmehrheit zukommen.

3. Zu unterscheiden sind nunmehr vier unterschiedliche Typen von Beiräten gem § 14 Abs 2 PSG, nämlich

- der ausschließlich aus Begünstigten besetzte Beirat (BB);
- der von Begünstigten bestellte Beirat (BBB), dessen Mitglieder nicht mindestens drei Jahre bestellt sind und jederzeit auch ohne Vorlage eines wichtigen Grundes abberufen werden können;
- der gemischte Beirat, der sowohl aus Begünstigten oder von Begünstigten bestellten Personen besteht sowie mit nicht von Begünstigten bestellten Personen bzw nicht ohne Weiteres abberufbaren Personen besetzt ist;

¹ GesRZ 2014, 63 (*Briem*) = PSR 2013/42 (*Csoklich*) = ZfS 2013, 179 (*Oberndorfer*); dazu auch *Haslwanger*, Gedanken zum aufsichtsratsähnlichen Beirat im Lichte der Entscheidung des OGH vom 9. September 2013, 6 Ob 139/13d, ZfS 2013, 171.

² *Kalss/Bertleff/Lutz/Samonigg/Tucek*, Empirische Zahlen nach 20 Jahren Privatstiftungsgesetz, in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts (2014) 13 (35).

³ GesRZ 2013, 299 (*Bräunlich/Kaps* und *N. Arnold*).

- der fremdbesetzte oder unabhängig besetzte Beirat, der nicht aus Begünstigten besteht und auch nicht aus Personen, die ohne Weiteres von Begünstigten abberufen werden können.

Im Folgenden soll im Lichte der Judikatur das Tableau der Befugnisse eines Beirats der Privatstiftung aufgelistet werden, wobei bei manchen Kompetenzen die Reichweite der Aussagen des Gerichts nicht klar sind.

Rspr – Angelegenheiten	Begünstigtenbeirat	Von Beg. bestellter Beirat	Gemischter Beirat	Fremdbesetzter Beirat
	BB	BBB	GB	FB
Vorstandsabberufung aus wichtigem Grund § 27 Abs 2 Z 1–3	ja	ja	ja	ja
Vorstandsabberufung aus sachlichem Grund außerhalb § 27 Abs 2	nein	nein	ja mit Bedacht – Stimmverbot – Zusammensetzung	ja
Bestellung des Vorstands	ja	ja	ja	ja
Festlegung der Begünstigten	nein	nein	ja mit Stimmverbot	ja
Festlegung der Zuwendung	nein	nein	ja mit Stimmverbot	ja
Stelle – Zustimmungsrecht zu Vorstandsbeschluss für Begünstigtenregelung	nein	nein	ja mit Stimmverbot	ja
Vergütung des Vorstands Bestimmung durch Beirat (ohne RL bzw Vorgaben)	nein	nein	nein/uU	nein/uU
Weisungsrechte Initiativrecht	nein	nein	nein/ganz eingeschränkt	nein/ganz eingeschränkt
Zustimmungsrechte (weitreichend)	nein	nein	nein/eingeschränkt ja	nein/eingeschränkt ja
Recht auf Einschaltung eines externen Gremiums (ad hoc Schlichtungsstelle)	ja	ja	ja	ja
Anhörungsrecht	ja	ja	ja	ja
Recht auf Stellungnahme ohne rechtliche Bindung	ja	ja	ja	ja
Recht auf Vorschlag	ja	ja	ja	ja
Unverbindliche Empfehlungsrechte	ja	ja	ja	ja
Recht auf Information – mündlich – schriftlich	ja	ja	ja	ja

4. Der zweite Beiratstyp, nämlich der von Begünstigten abhängige Beirat, kann in einen unabhängigen oder fremdbesetzten Beirat transformiert werden, indem das Abberufungsregime geändert wird, dh, die Abberufung der Beiratsmitglieder nicht mehr jederzeit vorgenommen werden kann, sondern nur mehr aus wichtigem Grund und die Bestelldauer auf mindestens drei Jahre festgelegt wird. Begünstigte selbst können ihre Rolle als Begünstigte auch bei der Unabhängigkeit von den Bestellberechtigten nicht verlieren.

5. Ein nicht abhängiger Beirat oder fremdbestellter Beirat ist ein Beirat, dessen Mitglieder nur aus wichtigem Grund abberufen werden können und für mindestens drei Jahre bestellt werden. Ein sachlicher Grund außerhalb der wichtigen Gründe gem § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG liegt etwa vor, wenn ein Mitglied des Stiftungsvorstands notorisch nicht an den Sitzungen und Beratungen des Stiftungsvorstands teilnimmt und damit die Funktionsfähigkeit des Stiftungsvorstands lahmlegt. Das Vorliegen von Interessenkonflikten kann ebenfalls ein sachlicher Grund sein, wenn die Gravität des wichtigen Grundes noch nicht erreicht ist. Zulässig ist es, sachliche Gründe in der Stiftungsurkunde als Abberufungsgründe zu definieren. Der Stifter kann daher auch subjektiv sachliche Gründe für die Abberufung definieren, ohne allerdings wiederum völlig beliebig Gründe für die Abberufung festzulegen.

Ein Beispiel wäre etwa ein tiefes Zerwürfnis zwischen dem Ehepartner des Stiftungsvorstands und dem Stifter.

6. Dieselben Regelungen für den Begünstigtenbeirat gelten auch für den Fall, dass ein Stifter Begünstigter ist. Die Regelungsbefugnis des Stifters für die Bestellung des Stiftungsvorstands greift hier offensichtlich nicht, vielmehr gelten für einen Stifter, der zugleich Begünstigter ist, die Beschränkung gem § 14 Abs 4 PSG oder die sonstigen Einschränkungen.

7. Die im Folgenden dargestellten Befugnisse des Beirats müssen nicht alle zwingend in der Stiftungsurkunde selbst niedergelegt werden. Vielmehr können etwa die Befugnis der Bestellung von Begünstigten und die Bemessung der jährlichen oder sonst regelmäßigen oder der einmaligen Zuwendung in der Stiftungszusatzurkunde normiert werden. Die Bestimmung der Vergütung des Stiftungsvorstands muss ebenso wenig detailliert in der Stiftungsurkunde festgelegt werden. Auch dafür reicht eine Regelung in der Stiftungszusatzurkunde. Ebenso wenig muss die konkrete Ausformulierung von Zustimmungsrechten des Beirats gegenüber dem Stiftungsvorstand nach der Judikatur des OGH ausdrücklich in der Stiftungsurkunde normiert werden.⁴ Die Regelung kann

⁴ OGH 13.3.2008, 6 Ob 49/07k, GesRZ 2008, 163 (N. Arnold); 13.3.2008, 6 Ob 50/07g.

auch in der Geschäftsordnung für den Vorstand oder auch für den Beirat normiert werden. Aus einem Größenschluss folgt daher, dass die Regelung auch in der Zusatzurkunde der Privatstiftung möglich ist. Die im Folgenden dargelegten Befugnisse müssen daher nicht zwingend der Kontrolle des Firmenbuchgerichts unterworfen sein.

8. Der Ort der Regelung entscheidet nicht über die Zulässigkeit der Gestaltung und letztlich über seine rechtliche Wirksamkeit. Die inhaltliche Beurteilung ist unabhängig vom Ort der Regelung. Ein zu weit gehender Zustimmungskatalog in der Geschäftsordnung ist daher ebenso unzulässig wie jener in der Stiftungsurkunde. Er unterliegt jedoch nicht der Prüfung durch das Firmenbuchgericht bei der Eintragung der Privatstiftung. Da weder die Geschäftsordnung noch die Zusatzurkunde der Privatstiftung prüfungspflichtige Unterlagen sind, ist es auch nicht Aufgabe und Befugnis des Firmenbuchgerichts, eine Prüfung dahingehend bei entsprechender Regelung in den genannten Urkunden vorzunehmen.

9. Die Beschränkungen, die ein Beirat in der Ausübung seiner Befugnisse gegenüber dem Stiftungsvorstand erfährt, sind unterschiedlich begründet. Einerseits geht es um die Beschränkung der Begünstigtenrechte gem § 14 Abs 4 PSG bei der Abberufung des Stiftungsvorstands, zum anderen wird bei der Beschränkung der Festlegung des Begünstigtenkreises und der Zumessung der konkreten Zuwendung die Wahrung der Objektivität sowie die Verhinderung einer Selbstbegünstigung herangezogen.⁵ Schließlich kommt das Argument der Aufsichtsratsähnlichkeit bzw der zu starken Einschränkung des Stiftungsvorstands durch den Beirat (insb durch Zustimmungsvorbehalte) und dessen zu starke Einengung der Unabhängigkeit zum Tragen. Die einzelnen Begründungen werden für die Einschränkung der Einzelbefugnisse nicht immer scharf voneinander getrennt. Sie sind aber für die analytische Durchdringung hilfreich.

10. Mitglieder des Beirats unterliegen der Sorgfalt ordentlicher Beiratsmitglieder. Sie haben primär nicht ihr Eigeninteresse, sondern das Interesse der Privatstiftung zur Zweckverfolgung und damit die Vollziehung des Stifterwillens zu verfolgen. Da die Aufgaben des Beirats andere sind als jene des Stiftungsvorstands, kann der Sorgfaltsmaßstab für den Stiftungsvorstand gem § 17 iVm § 29 PSG nicht schematisch auf die Mitglieder des Beirats übertragen werden. Vielmehr hängen die präzise Aufgabenstellung, Pflichtenbindung und der konkrete Sorgfaltsmaßstab von den Aufgaben des Beirats ab, wie sie vom Stifter festgelegt werden, insb auch, ob nur Kontrollaufgaben oder auch der Interessenausgleich unter verschiedenen Begünstigten oder Begünstigtenstämmen in der Stiftungsurkunde für den Beirat festgelegt werden.

11. Bei der Zuweisung der Kompetenz der Stelle iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG an den Beirat oder die Begünstigten ist zu unterscheiden, ob der Beirat grundsätzlich über die Aufnahme von Personen in den Kreis der Begünstigten entscheidet, ob er über die grundsätzliche Entscheidung der Vornahme einer Zuwendung entscheidet oder ob er konkret die einmalige oder regelmäßige Höhe der Zuwendung für eine einzelne Person bestimmt. Bei einem ganz strengen Verständnis dürften

Begünstigte an keiner der genannten Entscheidungen mitwirken, wenn der Vorstand an die Entscheidung der Stelle gebunden sein soll und nur bei Nichteinhaltung der satzungsmäßigen oder gesetzlichen Voraussetzungen verpflichtet ist, dem Beschluss der Stelle nicht Folge zu leisten. In der vollkommenen Ausschließung der Begünstigten von wirtschaftlichen Entscheidungen über die Vermögensverwendung und Vermögenszuwendung liegt ein gedanklicher Irrweg, zumal letztlich die wirtschaftlich Interessierten die Vorgaben des Stifters über die konkrete Umsetzung des Stiftungszwecks durch Entscheidung über den Begünstigtenkreis und die Höhe der Zuwendungen zu vollziehen haben. Selbst wenn Begünstigte darüber eine Entscheidung treffen, so ist jedenfalls der Stiftungsvorstand gem § 17 PSG das letzte Korrektiv. Er hat den Handlungsvorgaben von § 17 Abs 2 PSG zum Schutz der Gläubiger und seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht der rechtmäßigen Verfolgung des Stiftungszwecks zu genügen. Widersprechen die Beschlüsse oder Anweisungen des Beirats oder der Begünstigten diesen Vorgaben, darf der Stiftungsvorstand diesen Anleitungen nicht folgen. Die Praxis kann sich – bei strengem Verständnis der OGH-Judikatur – durch die Zuweisung eines Vorschlags- oder Empfehlungsrechts für die Grundsatzentscheidung der Auswahl der Begünstigten sowie für die Entscheidung über die konkrete Bemessung der Zuwendung behelfen.

Die Entscheidung lässt wiederum offen, welche Zustimmungskompetenzen einem begünstigtendominierten Beirat trotz der strengen Haltung des OGH dennoch zugeordnet werden können, ohne unter das Diktum der Aufsichtsratsähnlichkeit und damit der Unzulässigkeit der Zuweisung an einen freiwillig eingerichteten Beirat gem § 14 Abs 2 PSG zu fallen. Selbst wenn die Zustimmung zum Budgetvorschlag des Stiftungsvorstands die einzige Zustimmungskompetenz des Beirats ist, so erscheint diese Zuweisung unzulässig, weil damit maßgebliche Fragen der Geschäftsführung des Stiftungsvorstands abgedeckt werden. Daher kann der Budgetvorschlag nicht der bindenden Zustimmung des begünstigtendominierten Beirats unterworfen werden. Zulässig ist jedenfalls ein Recht zur Stellungnahme oder Anhörung. Der Stiftungsvorstand hat den Beirat in diesem Fall mit der beabsichtigten Maßnahme weiterhin zu befassen, jedoch kommt dem Beirat kein Vetorecht mehr zu. Auch nach Analyse der OGH-Entscheidung bleibt ein Graubereich übrig, für den die Zulässigkeit der Kompetenzzuweisung an den Beirat nicht klar ist. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass die Festlegung der Zustimmungsvorbehalte nicht zur Lähmung des Stiftungsvorstands führen darf und dass die Objektivität der Geschäftsführung durch den Stiftungsvorstand zu wahren ist.

12. Zur Beurteilung der Aufsichtsratsähnlichkeit eines Beirats sind jene Maßnahmen von Bedeutung, die sonst gem § 95 Abs 5 AktG einem Aufsichtsrat einer Gesellschaft und gem § 25 Abs 1 PSG dem Aufsichtsrat einer Privatstiftung zugeordnet würden. Sonstige Zustimmungsrechte des Beirats, etwa zur Änderung der Stiftungsurkunde durch den Stifter oder die Zustimmung zum Widerruf der Privatstiftung, wirken sich auf die Stellung des Beirats im Verhältnis zum Stiftungsvorstand nicht aus und sind daher für die Frage der zulässigen Gestaltung des Beirats im Brennglas der Aufsichtsratsähnlichkeit für seine Ausgestaltung nicht zu berücksichtigen.

⁵ OGH 9.9.2013, 6 Ob 139/13d, Pkt 9.1. ff.

gen. Das Budget würde jedoch, wie bereits oben zu Pkt I.11. dargelegt, als umfassende Zustimmungsmassnahme genau diese in § 95 Abs 5 AktG und § 25 Abs 1 PSG genannten Massnahmen miterfassen.

13. Eine Gestaltungsvariante liegt darin, Beiratsmitglieder auch als Aufsichtsratsmitglieder in einer Zwischenholding zwischen der Privatstiftung und den operativen Gesellschaften des Unternehmens zu bestellen. Begünstigte können etwa auch in einem Aufsichtsrat oder Beirat einer Zwischenholding, die 100%ige Tochtergesellschaft einer Privatstiftung ist, vertreten sein, dem die maßgeblichen Angelegenheiten dieser Zwischenholding zur Zustimmung zugeordnet werden. Diese Gestaltung ist zulässig und stellt keine unzulässige Beschränkung der Tätigkeit des Stiftungsvorstands dar. Die maßgebliche Entscheidung wird auf einer anderen nachgeordneten Ebene getroffen.

Der Einfluss der Familie kann daher durch die Bestellung der Familienangehörigen zu Mitgliedern des Beirats oder des Aufsichtsrats in einer Zwischenholding gesichert werden. Die Zulässigkeit einer Auslagerung ist anzunehmen, wenn es sich um eigenes Vermögen und eigene Geschäfte der Tochtergesellschaft handelt. Allein wenn die Tochtergesellschaft ausschließlich Geschäfte für die Privatstiftung erbringt oder ausschließlich Vermögen der Stiftung verwaltet, wäre dies eine Umgehung der durch das Gesetz vorgegebenen Zuständigkeiten des PSG.⁶

14. Setzt der Stiftungsvorstand entgegen den Regelungen der Stiftungserklärung eine Maßnahme ohne vorherige Befassung des Beirats, so handelt er rechtswidrig. Aus einer Zustimmungspflicht auch bei dessen Unzulässigkeit muss wohl durch teleologische Reduktion eine Befassungspflicht des Beirats abgeleitet werden. Zulässig ist es auch weiterhin, dass ein Stiftungsvorstand trotz Bestehens dieser Regelung den Beirat befasst und eine Zustimmung einholt, selbst wenn er dazu nicht verpflichtet wäre. Jedenfalls ist ein Geschäft gegenüber Dritten wirksam und besteht insofern Rechtssicherheit. Die mangelnde Befassung des Beirats auch bei mangelnder Zulässigkeit der Bestimmung müsste wohl als grobe Pflichtwidrigkeit zulasten des Vorstands zu qualifizieren sein.

Problematisch erscheinen Fälle, in denen ein begünstigtendominierter Beirat aufgrund eines Kompetenzbündels mit zu vielen Kompetenzen ausgestattet ist. Auch ein Beirat, der aufsichtsratsähnlich gestaltet ist, ist zulässig, wenn er nicht mehrheitlich mit Begünstigten, deren Angehörigen oder von diesen Beauftragten besetzt ist. Daher ist es immer von Bedeutung, welche Kompetenzen dem Beirat zukommen und worin die Begründung für die Unzulässigkeit einer konkreten Kompetenzzuweisung liegt.

Die Zustimmungserklärungen, die bisher abgegeben wurden, werden durch die nunmehr ergangene Entscheidung des OGH nachträglich nicht unzulässig und unwirksam. Bisher ist die Praxis zu Recht von der zulässigen und rechtswirksamen Durchführung derartiger Beschlüsse ausgegangen. Künftig haben Organträger in Privatstiftungen darauf Rücksicht zu nehmen und entsprechende Gestaltungen zu finden, sofern dies möglich ist.

Die Rechtsfolgen eines unzulässig besetzten Beirats zeigen sich etwa bei der Vorstandsbestellung und Abberufung in der Unwirksamkeit der Beschlussfassung. Kommt dem Beirat ein Zustimmungsrecht zu, so fasst er zwar einen wirksamen, aber ohne Kompetenzgrundlage bestehenden Beschluss, der gegenüber dem Vorstand keine Bindungswirkung entfaltet. Aus der mangelnden Bindungswirkung darf aber keine völlige Ignoranz und Emanzipation des Stiftungsvorstands abgeleitet werden, vielmehr hat der Stiftungsvorstand den Beirat jedenfalls trotzdem zu befragen.

Vorstellbar ist es, dass sich auch die Zusammensetzung des Beirats nachträglich ändert und sich diese Änderung auf die Zulässigkeit des konkreten Beirats auswirkt, etwa wenn der Beirat zunächst aus Begünstigten und familienfremden Personen besetzt ist und diese familienfremden Personen zu einem späteren Zeitpunkt aus dem Stiftungsbeirat ausscheiden. Ein schwere Aussage ist für Altbeiräte zu treffen, nämlich ob all ihre Maßnahmen, die sie bisher getroffen haben, unzulässig sind.

Problematisch ist aber jedenfalls die Bestellung von Vorstandsmitgliedern bzw deren Abberufung durch einen begünstigtendominierten Beirat, welcher aufsichtsratsähnlich ausgestaltet ist. Hier kann die Unzulässigkeit der Zusammensetzung des konkreten Beirats die Unwirksamkeit der Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder zur Folge haben.

Die Situation verschärft sich für jene Stiftungen, bei denen der Stifter bereits verstorben ist oder er sich kein Änderungsrecht vorbehalten hat. Hier stellt sich insb die Frage, ob und in welchem Umfang der Stiftungsvorstand in Anpassung an die Judikatur gem § 33 Abs 2 PSG zur Änderung der Stiftungserklärung berechtigt (und verpflichtet) ist.

Diese Überlegungen in Hinblick auf die deutlich überzogene Judikatur und deren lebensfernes Verständnis einer Good Governance für fremdverwaltetes Vermögen zeigen – einmal mehr – die Notwendigkeit einer Novelle des PSG, welche sowohl von Richtern als auch von Praktikern vehement gefordert und befürwortet wird. Unbedingt ist dabei auch eine Übergangsregelung vorzusehen, die dem Stiftungsvorstand bei Fehlen der Änderungsbefugnis für den Stifter temporär eine Reparaturbefugnis zur rechtskonformen Gestaltung des Beirats der Privatstiftung einräumt.

II. Nachträgliche Änderung der Stiftungsurkunde durch den Stiftungsvorstand

1. Da Stifter der ersten Generation zum Teil nicht mehr leben oder geschäftsunfähig werden, mehren sich die Fragen über die Zulässigkeit der nachträglichen Änderung der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand gem § 33 Abs 2 PSG. Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 8.5.2013, 6 Ob 57/13w,⁷ entschieden, dass eine nachträgliche Änderung der Stiftungsurkunde durch den Stiftungsvorstand gem § 33 Abs 2 PSG bezogen auf die Regelung der Zuwendungen nicht zulässig sei, wenn in der Stiftungsurkunde festgeschrieben werde, dass Ausschüttungen nur aus Erträgen des Stiftungsvermögens vorgenommen werden dürfen, diese Ausschüttungen aber nunmehr angesichts der schlechten wirtschaftlichen Lage und

⁶ Vgl OGH 27.2.2013, 6 Ob 135/12i, GesRZ 2013, 233 (Hofmann).

⁷ PSR 2013/30.

der niedrigen Zinsen nicht erwirtschaftet werden können. Eine unvorhersehbare Änderung sei in der schwierigen wirtschaftlichen Lage nicht zu sehen, da sich die wirtschaftliche Lage stets ändern könne.

2. Der OGH nimmt hier eine strenge Haltung ein. Allerdings konnte vom Stiftungsvorstand offenbar in keiner Weise dargetan werden, dass zwar grundsätzlich das Stiftungsvermögen zu erhalten sei, aber primär eine Zuwendung zugunsten der Begünstigten vorzunehmen sei und insofern eine Priorisierung der Zweckverfolgung vorgenommen worden wäre. Die Vorentscheidung des OLG Linz vom 27.5.2013, 28 R 14/13d und 28 R 15/13a,⁸ verdeutlicht, dass das Gericht versucht hat, den Stifterwillen zu erforschen, allerdings konnten dazu keine Dokumentation und kein substanzielles Vorbringen erstattet werden. Nach der Entscheidung des OLG Linz muss die Änderung der Verhältnisse dergestalt sein, „dass sich die Umsetzung des Stifterwillens nach der ursprünglichen Stiftungserklärung vernünftigerweise nicht mehr verwirklichen lässt oder dass anzunehmen ist, der Stifter hätte unter den gegebenen Umständen eine andere Regelung getroffen.“ Sinnvoll ist auch die Fragestellung, ob der Stiftungszweck in absehbarer Zeit adäquat erfüllt werden kann. Daher ist es sehr zu empfehlen, jedenfalls zu dokumentieren, was der wahre Stifterwille ist, welche Überlegungen hinter einer Zuwendungsklausel stehen und ob eine Reihung der Handlungsanleitungen für die Verfolgung des Stiftungszwecks gegeben ist. Dies muss nicht unbedingt in der Stiftungsurkunde selbst vorgenommen werden, sondern kann in Begleitdokumenten vorgenommen werden. Je zeitnäher diese Dokumente zur Stiftungserrichtung oder Stiftungsänderung vorgenommen werden, desto höhere Aussagekraft haben diese Unterlagen. ISd Andeutungstheorie können Änderungen vorgenommen werden, wenn sich entsprechende Anhaltspunkte hinsichtlich des Stiftungszwecks dokumentieren lassen. Die maßgebliche Frage ist, ob so die Funktionsfähigkeit der Stiftung aufrechterhalten werden kann.

3. Wenn in einer Stiftungsurkunde die mündelsichere Veranlagung und eine wertgesicherte Substanz festgeschrieben werden, so bleibt wenig Spielraum für eine Erwirtschaftung des Ertrags. Zu bedenken ist vor allem, dass die Kostentangente für die Stiftung weiterläuft und daher berücksichtigt werden muss. Auch hier ist eine Priorisierung durch den Stifter oder eine zeitnahe Dokumentation der mit der Verfolgung des Stiftungszwecks befassten und berufenen Stiftungsorgane sachgerecht.

4. Von Bedeutung ist die Notwendigkeit der Dokumentation und der klaren Artikulation des Willens des Stifters etwa auch in Konstellationen, in denen Rechnungskreise gebildet wurden und sich die Vermögen – nicht wegen der Tüchtigkeit des Stiftungsvorstands, sondern aufgrund externer Markteinflüsse – völlig unterschiedlich entwickeln, zB die Zuweisung von Beteiligungspapieren in den einen Rechnungskreis, von Liegenschaften oder sonstigen Vermögen in den anderen Rechnungskreis. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist etwa eine Gestaltung, bei der ein Rechnungskreis fast nichts erwirtschaftet, während der andere prosperiert. Hier ist zu über-

legen, ob ein Ausgleich unter den verschiedenen Rechnungskreisen vorgenommen werden muss, um allfällige Zuwendungen oder zumindest sachgerechte wirtschaftliche Vermögenszuordnungen unter den Begünstigten entsprechend dem Willen des Stifters sicherzustellen. Die Auslegung kann jedoch auch ergeben, dass diese Konsequenz (dass nämlich die Erträge und Aufwendungen aus einem Rechnungskreis nur den jeweiligen Begünstigten, zu dessen Gunsten dieser Rechnungskreis geführt wird, treffen sollen) vom Stifterwillen getragen ist.

5. Eine vergleichbare Frage liegt darin, ob eine widerrufsgleiche Änderung vollzogen wird, wenn eine massive Substanzzuwendung zugunsten der Begünstigten vorgenommen wird. Zwar ist die Privatstiftung nicht nur darauf beschränkt, Erträge auszuschütten, sondern grundsätzlich auch berechtigt, Substanzzuwendungen vorzunehmen, dh, auch Stammvermögen der Privatstiftung auszukehren. Dennoch kann die Auskehrung von Substanzvermögen unzulässig sein. Dies gilt insb dann, wenn die Stiftung auf dauerhaften Bestand und Erhaltung des Vermögens zum Zwecke der Versorgung der Begünstigten oder Vornahme einzelner Zuwendungen zugunsten der Begünstigten ausgerichtet ist. Die sofortige und einmalige Auskehr der Substanz widerspricht dem Stiftungszweck der dauerhaften Sicherstellung der Zuwendung an die Begünstigten und ist daher nicht vom Stifterwillen erfasst. Die Einigkeit der Begünstigten und des Stiftungsvorstands können eben gerade nicht an die Stelle des Stifterwillens treten. Benachteiligt werden könnte dadurch etwa die übernächste Generation, für die das Substanzvermögen und die regelmäßige Ausschüttung von angemessenen Zuwendungen gedacht wären.

6. Eine widerrufsgleiche Änderung ist ebenso wenig zulässig, wenn der Widerruf selbst ausgeschlossen ist.

III. Substiftung

Die Errichtung einer Substiftung ist trotz Fehlens einer ausdrücklichen Ermächtigung in der Stiftungsurkunde zulässig, soweit damit ein kongruenter Stiftungszweck verfolgt wird und mit Ausnahme der Vermögenstrennung keine Unterschiede zur Zweckverfolgung und des Kreises der Begünstigten bezogen auf die Gesamtheit der Stiftungsgruppe vorgenommen werden.

IV. Rolle des Stiftungsprüfers

Der Stiftungsprüfer hat gegen eine unzulässige Substanzauschüttung Widerspruch zu erheben, wenn diese dem Stiftungszweck widerspricht. Er hat, sobald er von dieser Maßnahme erfährt, auf den Vorstand einzuwirken. Wenn von vornherein klar ist, dass die Maßnahme trotz Intervention des Stiftungsprüfers gesetzt wird, ist dieser Zeitverzug nicht in Kauf zu nehmen. In diesem Fall hat der Stiftungsprüfer unverzüglich mit schlichtem Brief einen Antrag auf Abberufung des Stiftungsvorstands zu stellen und entsprechend klar darzulegen, dass die beabsichtigte Maßnahme unzulässig ist. Ist eine Änderung in der Stiftungserklärung gem § 33 Abs 2 PSG erforderlich, so hat er allenfalls beim Firmenbuchgericht seine Bedenken zu artikulieren.

⁸ ZfS 2013, 141 (Zangerl).