

Stiftungsrechtliche Änderungen für Privatstiftungen durch das BBG 2011

NIKOLAUS ARNOLD

Zwei OGH-Entscheidungen aus dem Jahr 2009, nämlich die sog. „Beirats-Entscheidung“¹ und die sog. „Rechtsanwalts-Entscheidung“², haben zu einer intensiven literarischen Diskussion und Auslegungsunsicherheiten in der Praxis³ geführt. Der Gesetzgeber hat im Rahmen des Budgetbegleitgesetzes 2011,⁴ BGBl I 2010/111, nicht nur diese Bereiche einer Klärung zugeführt, er hat darüber hinaus auch weitere Änderungen des PSG vorgenommen. Betroffen sind vor allem die Bereiche der Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands, der Besetzung weiterer Organe iSd § 14 Abs 2 PSG (zB eines Beirats), eine Erweiterung der Unvereinbarkeitsbestimmungen und neue Meldepflichten für den Stiftungsvorstand. Die wesentlichen Bereiche sollen in diesem Beitrag thematisch gegliedert dargestellt werden.

I. Die Bestellung des Stiftungsvorstands

1. Ausgangslage

Die Mitglieder des ersten Stiftungsvorstands sind vom Stifter bzw. von den Stiftern zu bestellen (§ 15 Abs 4 PSG).⁵ Es entsprach schon bisher hA,⁶ dass die weitere Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands in der Stiftungsurkunde auch Begünstigten, nahen Angehörigen von Begünstigten und/oder einem begünstigtendominierten Gremium (Beirat) zugewiesen werden kann.

In seiner Entscheidung vom 5.8.2009, 6 Ob 42/09h, hielt der OGH fest, er „habe bereits zu 6 Ob 39/97x ... ausgeführt, er lehne die Auffassung, ein mit Begünstigten besetzter Beirat sei zulässig, wenn diesem nur ein Bestellungsrecht oder ein auf wichtige Gründe beschränktes Abberufungsrecht zukommt, ab“. Aufgrund der vom Höchstgericht vorgenommenen Differenzierung zwischen Bestellung und Abberufung („oder“) bestand in der Praxis die Sorge, das Höchstgericht könnte damit zum Ausdruck bringen, begünstigtendominierte Gremien dürften die Mitglieder des Stiftungsvorstands nicht bestellen. Konsequenterweise hätte dies nicht nur für begünstigtendominierte Gremien (wie einen Familienbeirat), sondern generell für Begünstigte, nahe Angehörige von Begünstigten

und Stifter (sofern sie Begünstigte oder nahe Angehörige von Begünstigten sind) gegolten. Das OLG Innsbruck interpretierte die OGH-Judikatur offenbar nicht so streng und ließ die Bestellung des Stiftungsvorstands durch Begünstigte bzw. einen begünstigtendominierten Beirat ausdrücklich zu.⁷

2. Änderungen durch das BBG 2011

Die Änderungen des PSG durch Art 28 BBG 2011 greifen in die Gesetzeslage zur Bestellung des Stiftungsvorstands nicht unmittelbar ein. In den ErlRV wird aber festgehalten: „Zur Klarstellung sei an dieser Stelle noch festgehalten, dass diese neuen Regelungen nichts an den sonstigen Befugnissen eines Beirats ändern. Insbesondere kann einem (auch mit Begünstigten besetzten) Beirat weiterhin das Recht zur Bestellung des Stiftungsvorstands eingeräumt werden.“⁸

Trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Klarstellung, dass die weitere Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands Begünstigten, nahen Angehörigen von Begünstigten und begünstigtendominierten Gremien zugewiesen werden kann, hat der Gesetzgeber diese seine Zielsetzung damit in den ErlRV zum BBG 2011 klar zum Ausdruck ge-

Dr. Nikolaus Arnold ist Rechtsanwalt in Wien.

¹ OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09h, GesRZ 2009, 372 (Hochedlinger) = PSR 2009, 108 (Kals); siehe zur Problematik Briem, Auswirkungen der jüngsten OGH-Judikatur auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen, PSR 2010, 56; Eiselsberg, Stiftungsgovernance: Gewaltenteilung, Unabhängigkeit und „Ähnlichkeiten“, ZfS 2009, 152; Oberndorfer, Begünstigeneinfluss – quo vadis? ZfS 2009, 164; Ch. Nowotny, Privatstiftungen „in troubles“, RdW 2009, 834; Csoklich, Folgen der OGH-Entscheidung zum Begünstigeneinfluss beim aufsichtsratsgleichen Beirat, PSR 2010, 4; ders, Folgen der Beirats-Entscheidung des OGH, Kathrein & Co. Stiftungsletter 14 (2010), 13; Zollner, Kernaussagen des OGH im Verhältnis zur Lehre und Rechtsprechung, Kathrein & Co. Stiftungsletter 14 (2010), 9; Kals, Die Kontrollrechte von Begünstigten, Kathrein & Co. Stiftungsletter 15 (2010), 4; H. Torggler, „Aufsichtsratsähnliche“ Begünstigtenbeiräte im Lichte der jüngsten Judikatur, Kathrein & Co. Stiftungsletter 14 (2010), 26; Rizzi, Weitere Einschränkung der Rechte von Begünstigten einer Privatstiftung, ecolex 2009, 959; Kodek, Neue Schranken für die Besetzung von Vorstand und Beirat der Privatstiftung, Kathrein & Co. Stiftungsletter 14 (2010), 6; Eiselsberg, Die OGH-Entscheidungen zur Besetzung des Beirates und des Stiftungsvorstandes – Analyse, Anmerkungen und Auswirkung, Kathrein & Co. Stiftungsletter 14 (2010), 20; H. Torggler, Anmerkungen zu OGH 6 Ob 42/09h über die zulässigen Befugnisse eines begünstigten Stifters oder eines begünstigtendominierten Beirats, JBl 2010, 336; Limberg, Der Einfluss der Begünstigten im Lichte der jüngsten Judikatur, PSR 2010, 19; N. Arnold, Einschränkungen für Begünstigte, begünstigtendominierte Beiräte und Stifter, GesRZ 2009, 348.

² OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, GesRZ 2010, 63 (Kals) = PSR 2009, 99 (Winner); Oberndorfer, ZfS 2009, 164; Kals, Kathrein & Co. Stiftungsletter 15 (2010), 4 ff;

Kerschbaum/Janovsky, Unvereinbarkeit der Stellung als „Vertreter“ eines Begünstigten mit dem Vorstandsamt in einer Privatstiftung – Praxisfragen zur Entscheidung OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, JEV 2010, 14; Kodek, Kathrein & Co. Stiftungsletter 14 (2010), 6 ff; Eiselsberg, Kathrein & Co. Stiftungsletter 14 (2010), 20 ff; Limberg, Rechtsanwalt als Stiftungsvorstand? ecolex 2010, 254; N. Arnold, GesRZ 2009, 348 ff.

³ So auch ausdrücklich ErlRV zum BBG 2011, 981 BlgNR 24. GP, zu Art 28, zu Z 4 und 5.

⁴ In weiterer Folge trotz Fehlens einer legaldefinierten Abkürzung „BBG 2011“.

⁵ Die Sonderkonstellation der Zuständigkeit eines Stiftungskurators ist hier nicht von Relevanz.

⁶ Siehe nur P. Doralt, Zur Bestellung der Vorstandsmitglieder und des Stiftungsprüfers bei Privatstiftungen durch Begünstigte oder ein von Begünstigten gebildetes Gremium, GesRZ 1997, 125 (136 f); Briem, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12 (19 ff); H. Torggler, Die Familien-Privatstiftung aus der Sicht der Nachfolge-Generationen, in Eiselsberg, Jahrbuch Stiftungsrecht 2008 (2008) 91 (99); ders, Zur Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands einer Privatstiftung, GesRZ 1997, 140; ders, Stiftungsvorstand und Begünstigter – Gewaltentrennung in Theorie und Praxis, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen (2000) 61 (65 ff); Kals/Zollner, Mitwirkungs- und Kontrollrechte der Begünstigten – Gestaltungsmöglichkeiten des Stifters, GesRZ 2008, 351 (357); V. Hügel, Begünstigte im Stiftungsbeirat, ZfS 2006, 65; Keller, Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht (2006) 176; N. Arnold, PSG² (2007) § 15 Rz 124.

⁷ OLG Innsbruck 5.3.2010, 3 R 13/10a, GesRZ 2010, 167 (H. Torggler/F. Schäfer) = PSR 2010, 87 (Zollner) = ZfS 2010, 68 (Eiselsberg/Klampfl/Leitner).

⁸ ErlRV 981 BlgNR 24. GP, zu Art 28, zu Z 2.

bracht. Dieses Ergebnis wird im Übrigen auch durch die Änderungen des § 14 PSG (insb die Regelung zur Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG angeführten Gründen) im Rahmen des BBG 2011 deutlich. Kann einem begünstigtendominierten Gremium sogar die Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund iSd § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG zugewiesen werden, muss ihm umso mehr die Auswahl der Mitglieder des Stiftungsvorstands übertragen werden können.

ME können die OGH-E 6 Ob 42/09h, die Entscheidung des OLG Innsbruck 3 R 13/10a und die Aussagen der Gesetzesmaterialien auch kollisionsfrei in Übereinstimmung gebracht werden: Die OGH-E 6 Ob 42/09h war nicht dahingehend zu lesen, dass die Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch Begünstigte, nahe Angehörige von Begünstigten oder begünstigtendominierte Gremien unzulässig wäre. Gestützt wird diese Auslegung durch die OGH-E 6 Ob 39/97x, die die Wortfolge „*nur ein Bestellungsrecht oder*“ nicht enthält.

3. Praxisanmerkungen

Da die Gesetzeslage nicht geändert wurde, bedarf es auch keiner näheren Überlegungen zum Inkrafttreten der Regelung. Das PSG ist vielmehr bereits seit seinem Inkrafttreten dahingehend zu lesen, dass eine weitere Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands durch Begünstigte (etc) zulässig war und ist. Auch eine Sanierung früherer Bestellungen von Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch Begünstigte (etc) ist daher nicht erforderlich. Sie entfalten weiterhin Wirksamkeit. Aus Vorsichtsgründen könnte eine Bestätigung der Bestellung mit nachfolgender Bekräftigung der bisherigen Beschlüsse und Maßnahmen des Stiftungsvorstands erfolgen.

Aus Sicht des Firmenbuchgerichts ergeben sich bei der Anmeldung der Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands grundsätzlich keine über das bisherige Maß hinausgehenden Prüfungsnotwendigkeiten. Zur erweiterten „§-15-Erklärung“ siehe unten Pkt IV.3.

Auch durch das BBG 2011 wird Begünstigten, nahen Angehörigen von Begünstigten oder weiteren Organen iSd § 14 Abs 2 PSG die Befugnis zur Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands nicht automatisch übertragen. Sie bedarf weiterhin einer Grundlage in der Stiftungsurkunde. Haben sich die Stifter die Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten, können sie diese Grundlage auch nachträglich schaffen. Von der subsidiären Zuständigkeit des Stiftungsvorstands zur Änderung der Stiftungserklärung nach § 33 Abs 2 PSG wird ein so weitreichender Eingriff in die Organisationsstruktur der Privatstiftung typischerweise aber nicht umfasst sein. Verfügen die angeführten Personenkreise über kein Bestellungsrecht, können sie aber auch ohne Änderung der Stiftungserklärung weiterhin eine gerichtliche Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands anregen oder bei rechtlichem Interesse auch beantragen. Als Mindestfunktionsperiode werden nunmehr von der Judikatur drei Jahre gefordert.⁹

⁹ OGH 24.2.2011, 6 Ob 195/10k.

II. Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands

1. Ausgangslage

Es entsprach hA,¹⁰ dass die Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands Begünstigten, nahen Angehörigen von Begünstigten und/oder einem begünstigtendominierten Gremium (Beirat) übertragen werden kann, wenn die Abberufung auf wichtige (bzw in der Literatur teilweise auf sachliche abgeschwächt) Gründe beschränkt ist. Aus der OGH-E 6 Ob 42/09h konnte allerdings der Schluss gezogen werden, dass das Höchstgericht dem einem begünstigtendominierten Gremium zugewiesenen Recht auf Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands kritisch gegenübersteht. In strenger Auslegung wäre die Entscheidung dahingehend zu lesen, dass die Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch Begünstigte, nahe Angehörige von Begünstigten oder begünstigtendominierte Gremien generell unzulässig sei; in einschränkender Interpretation wäre sie nur dann unzulässig, wenn die Abberufung nicht auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 PSG beschränkt ist.¹¹ Das OLG Innsbruck interpretierte die Rechtslage in Übereinstimmung mit der hA dahingehend, dass auch eine Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands durch einen begünstigten Stifter (bzw einem nur mit dem begünstigten Stifter besetzten Beirat) zulässig ist, wenn diese auf wichtige Gründe beschränkt ist.¹²

2. Änderungen durch das BBG 2011

Durch Art 28 BBG 2011 wurden § 14 PSG neue Abs 3 und 4 angefügt:

„(3) Kommt einem Organ gemäß Abs. 2 das Recht zu, den Stiftungsvorstand oder eines seiner Mitglieder abzurufen, so ist für derartige Entscheidungen eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich; hat das Organ weniger als vier Mitglieder, so ist Stimmeneinhelligkeit erforderlich.“

(4) Soll in einem solchen Fall der Stiftungsvorstand oder eines seiner Mitglieder aus anderen als den in § 27 Abs. 2 Z 1 bis 3 angeführten Gründen abberufen werden, so darf Begünstigten, deren Angehörigen (§ 15 Abs. 2) und Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Organ nach Abs. 2 beauftragt wurden, bei dieser Entscheidung insgesamt nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen.“

Die Neuregelungen traten mangels gesonderter Übergangsvorschrift mit 31.12.2010 in Kraft. Sie finden daher auf frühere Abberufungen grundsätzlich keine Anwendung. Für diese könnte sich daher weiterhin die Frage stellen, ob eine Abberufung durch einen begünstigtendominierten Beirat zulässig war. Der OGH billigt einem abberufenen Mitglied des

¹⁰ Pittl, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, NZ 1999, 197 (204); Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG (1995) §§ 15, 16 Rz 26; G. Nowotny, Die Anforderungen an die Stiftungsurkunde aus dem Blickwinkel des Firmenbuchgerichts, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen (2000) 137 (160); P. Doralt, GesRZ 1997, 136 f; Briem, GesRZ 2009, 19 ff; H. Torggler, Familien-Privatstiftung, 99; ders, GesRZ 1997, 140; ders, Stiftungsvorstand und Begünstigter, 65 ff; Kalss/Zollner, GesRZ 2008, 357; V. Hügel, ZfS 2006, 65; Keller, Einflussnahme, 176; N. Arnold, PSG², § 15 Rz 124; Reich-Rohrwig/Größ, Zur Abberufung des Stiftungsvorstands, ecolx 2003, 103; Linder/Zollner, Gedanken zur Abberufung des Stiftungsvorstands durch den Stifter, SWK 2005, W 195.

¹¹ Generell einschränkend interpretierend Limberg, PSR 2010, 19 ff (insb 25 ff).

¹² OLG Innsbruck 5.3.2010, 3 R 13/10a.

Stiftungsvorstands in Abkehr von seiner bisherigen Judikatur¹³ nunmehr auch eine Rekurslegitimation zu.¹⁴

3. Qualifizierte Mehrheit bei Abberufung

Kommt einem weiteren Organ iSd § 14 Abs 2 PSG das Recht zu, Mitglieder des Stiftungsvorstands abzurufen, ist für eine derartige Entscheidung gem § 14 Abs 3 Halbsatz 1 PSG idF BBG 2011 eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich. Hat das Organ weniger als vier Mitglieder, so ist Stimmeneinhelligkeit erforderlich (Halbsatz 2 leg cit). Korrespondierend mit dieser Änderung wurde § 28 Z 2 PSG (der grundsätzlich für Beschlussfassungen nur einfache Mehrheit, dafür aber von allen Stimmen, fordern würde) durch einen Verweis auf § 14 Abs 3 ergänzt.

§ 14 Abs 3 PSG idF BBG 2011 stellt in seinem Halbsatz 1 auf die „abgegebenen Stimmen“ ab. Dies bedeutet, dass die qualifizierte Mehrheit bei der Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands (auch) durch weitere Stiftungsorgane, die aus mehr als drei Mitgliedern bestehen, nicht anhand der Stimmen aller Mitglieder (so die gesetzliche Grundkonzeption des § 28 Z 2 PSG), sondern von den abgegebenen Stimmen gezählt wird. Je nach Ausgestaltung der Stiftungserklärung muss für eine wirksame Beschlussfassung auch das Präsenzquorum erreicht werden.¹⁵

Verfügt das Gremium daher über eine große Zahl an Mitgliedern, führt die Neuregelung mitunter dazu, dass weniger Stimmen für eine Abberufung erforderlich sind als nach der gesetzlichen Grundkonzeption des § 28 Z 2 PSG idF vor dem BBG 2011.

Beispiel: Dem Beirat ist die Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund zugewiesen. Dem Beirat gehören keine „begünstigten“ Personen an (dazu unten). Der Beirat besteht aus acht Mitgliedern; die Stiftungserklärung sieht ein Präsenzquorum von fünf Personen vor. Nach der bisherigen Berechnung der Stimmrechte gem § 28 Z 2 PSG war für die Abberufung eine einfache Mehrheit aller Mitglieder (dh die Zustimmung aller fünf anwesenden Mitglieder) erforderlich; bei Anwendbarkeit des Dirimierungsrechts hätten zumindest vier Mitglieder (darunter der/die Vorsitzende) zustimmen müssen. Nach der Neuregelung ist nur mehr auf die Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen abzustellen; von den fünf anwesenden Mitgliedern müssten vier für die Abberufung stimmen.

Der Fall 2 des § 14 Abs 3 PSG idF BBG 2011 (weniger als vier Mitglieder) spricht allgemein von Stimmeneinhelligkeit, verweist aber nicht ausdrücklich auf die abgegebenen Stimmen. Dennoch ist auch in dieser Fallkonstellation davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nur auf die abgegebenen Stimmen abstellen wollte. Besteht das Organ aus weniger als vier Mitgliedern (dh bspw aus drei Mitgliedern), ist für die Erzielung einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen nämlich auch bei Anwesenheit aller Mitglieder jedenfalls Stimmeneinhelligkeit erforderlich (sind bei der Abstimmung alle drei Mitglieder anwesend, würde die Zustimmung von zwei Mitgliedern lediglich eine Zweidrittelmehrheit, nicht

aber eine Dreiviertelmehrheit bedeuten; bei zwei Mitgliedern könnte selbst mit Dirimierungsrecht eine entsprechende Mehrheit nicht hergestellt werden). Der Halbsatz 2 des § 14 Abs 3 PSG idF BBG 2011 ist daher nur als Klarstellung zu lesen. Auch aufgrund des inneren Zusammenhangs der beiden Halbsätze ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Berechnung der Stimmeneinhelligkeit von allen Mitgliedern, sondern eben nur von den abgegebenen Stimmen, abhängig machen wollte.

Für die Anwendbarkeit eines Dirimierungsrechts verbleibt aufgrund der qualifizierten Mehrheiten bei der Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands kein Raum mehr.

§ 14 Abs 3 PSG idF BBG 2011 gilt nur für Beschlussfassungen über die Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands. Die Bestimmung ist daher auf die Bestellung nicht anwendbar.

4. Praxisanmerkungen zur qualifizierten Mehrheit

§ 14 Abs 3 PSG idF BBG 2011 stellt relativ zwingendes Recht dar. Aus der Wortfolge „*mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen*“ ist ableitbar, dass in der Stiftungserklärung auch strengere Mehrheitserfordernisse vorgesehen werden können. Ein Herabsetzen der qualifizierten Mehrheit (zB auf Zweidrittelmehrheit) ist hingegen nicht möglich. Die Anhebung könnte sich sowohl auf das Konsensquorum selbst als auch auf die Berechnung von den abgegebenen Stimmen beziehen. So könnte bspw bei einem Gremium mit vier oder mehr Mitgliedern anstelle einer Mehrheit von drei Viertel eine Mehrheit von vier Fünftel oder Stimmeneinhelligkeit vorgesehen werden. Die Berechnung der Stimmen könnte auch von den abgegebenen Stimmen auf die Stimmen aller Mitglieder abgeändert werden, da dies in jedem Fall strenger ist.

Bei der Anmeldung der Löschung eines Mitglieds des Stiftungsvorstands zum Firmenbuch wird dann, wenn die Abberufung nicht mit Stimmeneinhelligkeit erfolgt ist, auch auf die Zahl der Mitglieder des die Abberufung aussprechenden weiteren Organs Bezug zu nehmen sein. Ergibt sich dies nicht bereits aus dem Abberufungsbeschluss, wird dem Firmenbuchgericht die Zahl der Mitglieder nachzuweisen sein (etwa durch entsprechende Erklärung des Stiftungsvorstands).

Eine Zuständigkeit zur Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands durch weitere Organe iSd § 14 Abs 2 PSG wird durch die gesetzliche Neuregelung nicht geschaffen. Sie bedarf vielmehr einer Grundlage in der Stiftungsurkunde. Wie bereits zur Bestellbefugnis ausgeführt, kann eine entsprechende Grundlage auch nachträglich durch Änderung der Stiftungsurkunde durch die Stifter (sofern sie sich die Änderung vorbehalten haben) geschaffen werden; die Schaffung einer Abberufungskompetenz mittels Änderung der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand wird üblicherweise nicht möglich sein.

Die gesetzlichen Mehrheitserfordernisse gehen allfälligen ihnen widersprechenden Regelungen der Stiftungserklärung (soweit es sich nicht um eine Verschärfung handelt) vor.¹⁶ Zur Frage der Anpassungserfordernisse siehe unten Pkt II.6.

¹³ OGH 16.2.2006, 6 Ob 178/05b.

¹⁴ OGH 24.2.2011, 6 Ob 195/10k.

¹⁵ Zur strittigen Frage, wie dieses zu berechnen ist, wenn sich in der Stiftungserklärung keine entsprechenden Regelungen finden, siehe N. Arnold, PSG², § 28 Rz 12 ff mwN.

¹⁶ Grundlegend zu Fragen der Wirksamkeit einer dem PSG widersprechenden Bestimmung der Stiftungserklärung *Csoklich*, PSR 2010, 9 f; mE können gesetzwidrige Bestimmungen der Stiftungserklärung auch nach Firmenbucheintragung keine Wirksamkeit entfalten.

5. Abberufung durch begünstigtennahe Personen

Die Einräumung einer völlig freien Abberufungsbefugnis schränkt die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands unzulässig ein und führt im Ergebnis dazu, dass der zur Abberufung Berechtigte in alle Vorstandsentscheidungen eingreifen kann.¹⁷ Der Gesetzgeber differenziert daher nunmehr in § 14 Abs 4 PSG idF BBG 2011 zwischen einer Abberufung aus den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG angeführten Gründen und (*e contrario*) einer Abberufung aus den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG nicht angeführten Gründen.

Beim Kernbereich der Abberufungsgründe handelt es sich um

- die grobe Pflichtverletzung (Z 1 leg cit),
- die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben (Z 2 leg cit) und
- die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mitglieds, die Abweisung eines solchen Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens sowie die mehrfache erfolglose Exekution in dessen Vermögen (Z 3 leg cit).

Eine Abberufung aus den Abberufungsgründen der Z 1 bis 3 ist nach der Neuregelung auch durch einen begünstigten-dominierten (oder auch ausschließlich mit Begünstigten besetzen) Beirat (oder ein sonstiges weiteres Organ iSd § 14 Abs 2 PSG) zulässig. Die Aufzählung des § 27 Abs 2 PSG ist grundsätzlich lediglich demonstrativ.¹⁸ Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber ganz bewusst nur die Z 1 bis 3 nennt. In der Praxis werden die meisten Abberufungsgründe aber ohnedies unter jene des genannten Kernbereichs subsumiert werden können. Nicht unter § 27 Abs 2 Z 1 bis Z 3 PSG fallen aber bspw Interessenskollisionen (soweit diese keine Pflichtverletzung darstellen und man sie nicht unter Unfähigkeit subsumiert) sowie Verfehlungen außerhalb des stiftungsrechtlichen Bereichs, die eine weitere Zusammenarbeit unmöglich machen. Ebenso nicht in den Kernbereich der Abberufungsgründe wird normalerweise ein (aus sachlichen Gründen erfolgreicher) Vertrauensverlust fallen.

Erfolgt die Abberufung aus anderen als den in Z 1 bis 3 leg cit genannten Gründen, so darf Begünstigten, deren Angehörigen (§ 15 Abs 2 PSG) und Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Organ nach Abs 2 beauftragt wurden (in weiterer Folge gemeinsam vereinfachend „begünstigtennahe Personen“), bei dieser Entscheidung insgesamt nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen. § 14 Abs 4 PSG erinnert mit der Wortwahl „nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen“ an § 23 Abs 2 PSG, enthält aber eine ganz wesentliche Unterscheidung. Stellt die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 PSG auf die „Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder“ ab, kommt es bei § 14 Abs 4 PSG nicht auf die Mehrheit der Mitglieder, sondern auf die „Mehrheit der Stimmen“ an. Wie viele Begünstigte daher bei einer Beschlussfassung über die Abberufung Mitglied des Beirats (weiteren Organs) sind, ist daher irrelevant, solange sie – etwa aufgrund einer entsprechenden Regelung über die Stimmrechtsverhältnisse – nicht die Mehrheit der Stimmen haben.

¹⁷ ErlRV 981 BlgNR 24. GP, zu Art 28, zu Z 2.

¹⁸ N. Arnold, PSG², § 27 Rz 14, arg „insbesondere“ im einleitenden Obersatz.

Aus der Wortfolge „bei dieser Entscheidung“ ist ableitbar, dass diese Einschränkung bei allen sonstigen Entscheidungen innerhalb des Organs (etwa auch bei einer Bestellung oder bei der Beschlussfassung über Zustimmungsrechte) nicht zur Anwendung kommt.

Irrelevant ist, ob begünstigtennahen Personen ein Dirimierungsrecht (§ 28 Z 2 PSG) zusteht. Bei der Abberufung ist nämlich generell zumindest eine Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 14 Abs 3 PSG idF BBG 2011) notwendig. Ein Stimmengleichstand bei der Abstimmung ist daher denkunmöglich. Weiters ist aus dem Regelungszusammenhang mit § 14 Abs 3 PSG ableitbar, dass auch bei dieser Berechnung von den abgegebenen Stimmen (und nicht den Stimmen aller Mitglieder) auszugehen ist.

Es kann mE aus der Neuregelung aber nicht *e contrario* abgeleitet werden, dass die Mitglieder des Stiftungsvorstands von „begünstigtenfremden“ Personen jederzeit grundlos abberufen werden könnten. Den Gesetzesmaterialien¹⁹ ist zweifellos zuzustimmen, dass die stärkste Einflussmöglichkeit, die einem weiteren Organ zukommen kann, die Befugnis zur Abberufung des Stiftungsvorstands oder eines seiner Mitglieder ist. Die Gesetzesmaterialien beziehen sich in ihrer Ausführung auch ausdrücklich auf die E 6 Ob 60/01v,²⁰ wonach der Stifter (in der Stiftungsurkunde) einem Dritten nicht das Recht einräumen kann, den Vorstand (Vorstandsmitglieder) jederzeit ohne sachliche Begründung abzurufen. Ein jederzeitiger Eingriff in die Entscheidungen des Stiftungsvorstands (durch eine unsachliche Abberufung) ist nach der Gesamtkonzeption des PSG nicht zulässig.

Es ist daher auch weiterhin davon auszugehen, dass die Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands (auch durch begünstigtenfremde Personen) zumindest eines sachlichen (wichtigen) Grundes bedarf. Die Differenzierung zwischen sachlichen und wichtigen Gründen ist – wenn überhaupt – so nur eine graduelle. Sowohl sachliche als auch wichtige Gründe müssen objektivierbar und von nicht unwesentlicher Bedeutung sein. Ein sachlicher Grund stellt damit typischerweise auch einen wichtigen Grund dar.²¹

§ 14 Abs 4 PSG idF BBG 2011 stellt zwingendes Recht dar. Abweichende Regelungen in der Stiftungserklärung, etwa die Zuweisung von über die Z 1 bis Z 3 des § 27 PSG hinausgehenden Abberufungsrechten an Begünstigte, wären daher unzulässig (und bei der Anmeldung der Eintragung der Privatstiftung oder einer Änderung der Stiftungsurkunde in das Firmenbuch zu beanstanden); finden sie sich dennoch in der Stiftungserklärung, sind sie unwirksam.²²

6. Praxisanmerkungen

Eine Anpassung der Stiftungsurkunde durch Stifter an die Neuregelungen ist zulässig, wenn die Stifter sich die Änderung der Stiftungsurkunde vorbehalten haben. Aus Sicht der Stifter bestehen bspw folgende Möglichkeiten:

- So könnte mE auf eine Regelung der Abberufungsgründe und der für eine Abberufung erforderlichen Stimm-

¹⁹ ErlRV 981 BlgNR 24. GP, zu Art 28, zu Z 2.

²⁰ OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01v, GesRZ 2002, 27; vgl dazu auch Hochedlinger, Personengesellschaften als Stifter, RdW 2004, 67.

²¹ N. Arnold, PSG², § 15 Rz 120.

²² Zu dieser Problematik siehe bereits FN 16.

rechtsmehrheiten generell verzichtet werden, da ohnedies die gesetzlichen Bestimmungen greifen („Die Mitglieder des Stiftungsvorstands werden durch den Beirat unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere auch des § 14 Abs 3 und 4 PSG, abberufen.“).

- Man beschränkt die vorzeitige Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch den Beirat generell auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 Z 1 bis Z 3 PSG.
- Man sieht für den Sonderfall der Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis Z 3 PSG genannten Gründen eine abweichende Stimmgewichtung vor („Bei der Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen steht Begünstigten, nahen Angehörigen von Begünstigten und Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Organ beauftragt wurden, zusammen nicht die Mehrheit der Stimmen zu; käme diesen bei einer diesbezüglichen Abstimmung die Mehrheit der Stimmen zu, wird ihr Stimmrecht dahingehend gekürzt, dass sie zusammen lediglich über die Hälfte der Stimmen verfügen, wobei die Kürzung anteilig erfolgt; nehmen an der Abstimmung ausschließlich Beiratsmitglieder des genannten Personenkreises teil, darf eine Abberufung nur aus den in § 27 Abs 2 Z 1 bis Z 3 PSG genannten Gründen erfolgen.“).²³

Zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Organisationsstruktur der Privatstiftung wird eine Anpassung der Stiftungsurkunde in Ausnahmefällen auch durch den Stiftungsvorstand (mit entsprechender Kontrolle durch das Gericht) denkbar sein. Die im Vorentwurf zum Ministerialentwurf noch enthaltene Legiskanz für die Anpassung der Stiftungsurkunde („Angesichts des Anpassungsbedarfs einer großen Zahl an Stiftungserklärungen erscheint die vorgesehene Legiskanz angemessen.“) ist bereits im eigentlichen Ministerialentwurf entfallen. Dies ist mE konsequent, sind die Regelungen doch so ausgestaltet, dass sie auch ohne Änderung der Stiftungserklärung praktikabel sind.

Ist keine Änderung der Stiftungsurkunde mehr möglich, sind verschiedenste Fallkonstellationen denkbar:

Sieht die Stiftungserklärung vor, dass der Beirat (oder ein sonstiges weiteres Organ iSd § 14 Abs 2 PSG) ausschließlich aus Begünstigten (oder begünstigten Personen) zu bestehen hat und räumt sie dem Beirat eine Abberufungsbefugnis in Bezug auf den Stiftungsvorstand ein, darf die Abberufung durch einen derartigen Beirat nur aus den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen (und nur mit den Mehrheitserfordernissen des § 14 Abs 3 PSG) erfolgen. Allfällige nicht von § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG umfasste Abberufungsgründe – mögen sie auch in der Stiftungserklärung definiert sein – werden durch die zwingende gesetzliche Bestimmung verdrängt. Schränkt die Stiftungserklärung die Abberufungsgründe für eine derartige Abberufung gegenüber jenen des § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG zusätzlich ein, werden diese auch durch die gesetzliche Neuregelung nicht erweitert.

Lässt die Stiftungserklärung die Besetzung des Beirats mit begünstigten Personen zu (schließt sie nicht ausdrücklich aus), hängt die Zulässigkeit der Abberufung aus anderen

als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen (abgesehen von Einschränkungen der Stiftungserklärung) von der bei der Entscheidung konkreten Zusammensetzung des Beirats ab. Erscheinen zur Sitzung ausschließlich begünstigten Personen, kann eine Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands aus anderen Gründen als jenen des Kernbereichs der Abberufungsgründe nicht erfolgen.

Soweit dies mit dem Präsenzquorum vereinbar ist, kann mE aber auch dann, wenn begünstigten Personen die Mehrheit der Mitglieder stellen (und keine Stimmgewichtungen vorliegen), eine Abberufung außerhalb des Kernbereichs der Abberufungsgründe erfolgen. Zu denken ist hier insb daran, dass nur so viele begünstigten Personen an der Abstimmung teilnehmen (Abwesenheit oder Stimmenthaltung der übrigen begünstigten Mitglieder), dass sie nicht die Mehrheit der Stimmen bei dieser Beschlussfassung haben. Mitunter reicht es dabei aus, dass eine begünstigtenfremde Person an der Abstimmung teilnimmt. Diese begünstigtenfremde Person und das begünstigtennahe Mitglied könnten den Abberufungsbeschluss diesfalls mit Stimmeinhelligkeit fassen.

Kommt begünstigten Personen bei der Abstimmung die Mehrheit der Stimmen zu, können die gesetzlichen Regelungen mE aber nicht dahingehend interpretiert werden, dass deren Stimmrecht gekürzt wird.²⁴ Verfügt der Beirat daher bspw über drei Begünstigte und ein begünstigtenfremdes Mitglied (und kommt jedem Mitglied eine Stimme zu), kann eine Abberufung bei Teilnahme aller Mitglieder an der Abstimmung eben nur aus den Abberufungsgründen des Kernbereichs erfolgen.

Findet sich in der Stiftungserklärung eine zusätzliche Beschränkung der Abberufbarkeit, ist diese weiterhin beachtlich.

Bei der Anmeldung der Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands sind in Zukunft nähere Angaben erforderlich. So ist insb anzuführen, ob die Abberufung aus einem wichtigen Grund iSd § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG erfolgt ist. Eine Darlegung des konkreten Abberufungsgrundes ist allerdings nicht zu fordern. Hat das Firmenbuchgericht Zweifel an den Angaben, kann es nähere Darlegungen begehren. Weiters wird das Erreichen der qualifizierten Mehrheiten des § 14 Abs 3 PSG zu erläutern sein. Erfolgt die Abberufung aus anderen Abberufungsgründen als jenen des Kernbereichs der Z 1 bis 3 des § 27 Abs 2 PSG, so sind darüber hinaus nähere Angaben, dass begünstigten Personen nicht die Mehrheit der Stimmen zustand, notwendig. Eine Offenlegung der Namen der Begünstigten ist aber nicht notwendig.²⁵

7. Relevanter Personenkreis

§ 14 Abs 4 PSG stellt auf Begünstigte, deren Angehörige und mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Organ beauftragte Personen ab. Die Definition des Personenkreises lehnt sich daher an die Unvereinbarkeitsbestimmungen (insb des § 23 Abs 2 PSG) an. Eine Differenzierung zwischen Angehörigen iSd § 15 Abs 2 PSG (so die Wortwahl des § 23 Abs 2 PSG und

²³ Zentrum für Stiftungsrecht, Das neue Stiftungsrecht nach dem Ministerialentwurf 2010 und anliegende Fragen, GesRZ 2010, 342 (344).

²⁴ AA Zentrum für Stiftungsrecht, GesRZ 2010, 344; mE ergibt sich aus § 14 Abs 4 PSG idF BBG 2011 schon insoweit keine automatische Stimmenkürzung, als es nicht heißt „so steht Begünstigten ... nicht die Mehrheit der Stimmen zu“, sondern „so darf Begünstigten ... nicht die Mehrheiten der Stimmen zustehen“.

²⁵ Zentrum für Stiftungsrecht, GesRZ 2010, 344.

nummehr die Bezugnahme des § 14 Abs 4 PSG) und nahen Angehörigen iSd § 20 Abs 3 PSG besteht nicht. Umfasst ist der gesamte Personenkreis, der in § 15 Abs 2 PSG genannt ist. Auf die Erweiterung der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs 2 durch § 15 Abs 3a PSG musste hier nicht Bezug genommen werden, da die Personen, die „von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Organ ... beauftragt wurden“, gesondert angeführt sind. Zu näheren Einzelheiten zu diesem Personenkreis siehe Pkt IV. 2.

8. Anwendbarkeit der Grundsätze auf Stifter etc

§ 14 Abs 3 und 4 PSG idF BBG 2011 bezieht sich ausdrücklich auf weitere Organe iSd § 14 Abs 2 PSG. Typischer Anwendungsfall eines derartigen weiteren Organs ist ein Beirat.

Vielfach werden die Kompetenzen der Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands aber nicht eigens eingerichteten Gremien, sondern bspw den Stiftern, einem einzelnen Stifter oder auch einzelnen Begünstigten oder nahen Angehörigen von Begünstigten übertragen. Auch für diese (etwa auch für einen begünstigten Stifter) gelten die Grundsätze des § 14 Abs 3 und 4 PSG gleichermaßen.²⁶ Hat ein Stifter sich daher die vorzeitige Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands vorbehalten, kann er dann, wenn er Begünstigter oder naher Angehöriger von Begünstigten ist, die vorzeitige Abberufung nur aus den Gründen des § 27 Abs 2 Z 1 bis Z 3 PSG vornehmen.

Im Übrigen spricht die Einordnung dieser Bestimmungen über die Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands in § 14 PSG dafür, dass die Zuweisung von Bestellungs- und Abberufungsrechten einer Person/einem Gremium Organqualität im stiftungsrechtlichen Sinn verleiht.²⁷ Keine Anwendung finden die Regelungen des § 14 Abs 3 und 4 PSG auf einen Aufsichtsrat, da dieser kein weiteres Organ iSd § 14 Abs 2 PSG ist.

III. Begünstigtendominierter Beirat

1. Ausgangslage

Nach § 23 Abs 2 Satz 2 PSG dürfen Begünstigte oder deren Angehörige iSd § 15 Abs 2 PSG nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen. Eine vergleichbare Bestimmung für weitere Organe iSd § 14 Abs 2 PSG (etwa einen Beirat) fehlt im PSG. Die hA ging davon aus, dass die mehrheitliche Besetzung (auch von aufsichtsratsähnlichen) Beiräten mit Begünstigten zulässig ist.²⁸ Dies entsprach auch der Judikatur des OLG Wien²⁹ und im Wesentlichen auch der des OLG Innsbruck.³⁰ In der E 6 Ob 42/09h ging der OGH allerdings von einer analogen Anwendung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat aus. Dies hätte zur Folge,

dass ein aufsichtsratsähnlicher Beirat nicht mehrheitlich mit Begünstigten und nahen Angehörigen von Begünstigten besetzt werden dürfte.

2. Änderungen durch das BBG 2011

Die Änderung des § 14 PSG durch das BBG 2011 erfolgte auch vor diesem sachlichen Hintergrund. So halten die Gesetzesmaterialien fest, dass die Diskussion über Einflussmöglichkeiten von Begünstigten auf die Führung der Geschäfte der Privatstiftung durch die Übernahme von Funktionen in deren Organen – insb in den in der Praxis häufig eingerichteten Beiräten – ein weiteres Mal aufgeflammt sei. Dabei sei auch der Ruf an den Gesetzgeber laut geworden, im Privatstiftungsrecht notwendige Klarstellungen vorzunehmen. Sie sollen einerseits die vom PSG vorgesehene Flexibilität für die Ausgestaltung der weiteren Organe iSd § 14 Abs 2 PSG wahren, andererseits aber auch die Grenzen der Begünstigtenbeteiligung aufzeigen.³¹

Durch § 14 Abs 4 PSG idF BBG 2011 wird nunmehr (wenn auch indirekt über die Regelungen zur Abberufung des Stiftungsvorstands) klargestellt, dass einem Beirat (bzw sonstigen weiteren Organ) Begünstigte, nahe Angehörige von Begünstigten und von Begünstigten mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Organ beauftragte Personen (mit den Einschränkungen bei der Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands) auch mehrheitlich oder ausschließlich angehören dürfen. Die Gesetzesmaterialien³² führen dazu aus, dass einem weiteren Organ iSd § 14 Abs 2 PSG daher grundsätzlich eine beliebige Kopfzahl an Begünstigten und deren Angehörigen sowie von diesen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Organ beauftragten Personen angehören kann, wodurch dem Kontroll- und Informationsbedürfnis der Begünstigten Rechnung getragen werden soll. Nach den Gesetzesmaterialien sollen diese neuen Regelungen nichts an den sonstigen Befugnissen eines Beirats ändern. Insb könne einem (auch mit Begünstigten besetzten) Beirat weiterhin das Recht zur Bestellung des Stiftungsvorstands eingeräumt werden. Auch Zustimmungsrechte zu Geschäftsführungsmaßnahmen können ihm vorbehalten sein.

ME steht damit fest, dass § 23 Abs 2 Satz 2 PSG auf weitere Organe iSd § 14 Abs 2 PSG (insb einen Beirat) keine Anwendung findet; dies unabhängig davon, ob das Gremium aufsichtsratsähnlich ist oder nicht.³³

Begünstigtennahe Personen dürfen daher die Mehrheit oder alle Mitglieder eines weiteren Organs iSd § 14 Abs 2 PSG stellen. Dem weiteren Organ können die Befugnisse der Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands, mit Einschränkungen auch deren Abberufung und Zustimmungsrechte (insb zustimmungspflichtige Geschäfte) zugewiesen werden.

3. Praxisanmerkungen

Formal gesehen handelt es sich um keine gesetzliche Neuregelung, die § 23 Abs 2 PSG von der Anwendbarkeit auf weitere Organe iSd § 14 Abs 2 PSG ausdrücklich ausschließt. Es liegt auch keine authentische Interpretation iSd § 8 ABGB im

²⁶ ME ergibt sich dies schon aus der mit diesen Aufgaben verbundenen Organstellung.
²⁷ Siehe bereits H. Torggler, Stiftungsvorstand und Begünstigter, 70; N. Arnold, PSG², § 14 Rz 51; nach bisheriger Rechtslage ablehnend Ch. Nowotny, Die Organisation der Privatstiftung, in Cskolich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 145 (150); OGH 12.12.2002, 6 Ob 291/02s.
²⁸ Siehe nur Briem, GesRZ 2009, 19 ff; Kalls/Zollner, GesRZ 2008, 357; Zollner, Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten für Beiräte einer Privatstiftung, JBl 2009, 22 (24 f); H. Torggler, GesRZ 1997, 140; V. Hügel, ZfS 2006, 65 ff; Kalls in Kalls/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 7/70; Ch. Nowotny, Beirat – Aufsichtsrat – Ausschuss, RdW 2008, 699 (701 f); Eiselsberg, (Nur) Rechtsentwicklung – oder Reformbedarf? Kathrein & Co. Stiftungsletter 10 (2007), 8 (11); Keller, Einflussnahme, 145 ff; N. Arnold, PSG², § 14 Rz 67 ff bzw bereits zuvor in der 1. Auflage.
²⁹ OLG Wien 31.5.1999, 28 R 244/98b.
³⁰ OLG Innsbruck 5.3.2010, 3 R 13/10a.

³¹ ErlRV 981 BlgNR 24. GP, zum 3. Hauptstück, zum 1. Abschnitt.
³² ErlRV 981 BlgNR 24. GP, zu Art 28, zu Z 2.
³³ Siehe auch Briem, Die Novelle zum Privatstiftungsgesetz, PSR 2011, 6 (8).

engeren Sinn vor, da eine unmittelbare Bezugnahme auf § 23 Abs 2 PSG im Gesetzestext selbst fehlt. Auch bloße Äußerungen in einem Gesetzgebungsverfahren sind keine authentische Interpretation. Allerdings kann eine authentische Interpretation sich auch schlüssig aus dem Gesetzestext ergeben.³⁴ Gerade die Klarstellung der Befugnisse eines mehrheitlich mit Begünstigten besetzten Beirats war die Zielsetzung des Gesetzgebers. Es bestehen daher gute Gründe dafür, dass diese Interpretation des Gesetzgebers, der auch ausdrücklich nicht wollte, dass die „neuen Regelungen [etwas] an den sonstigen Befugnissen eines Beirats ändern“, rückwirkende interpretative Geltung hat.

Geht man nicht von einer rückwirkenden interpretativen Kraft aus, könnte sich weiterhin die Frage stellen, ob Beiratsbeschlüsse von begünstigtendominierten aufsichtsratsähnlichen Beiräten in der Vergangenheit rechtens zustande gekommen sind.³⁵ Eine Sanierung ist denkbar und im Einzelfall anzuraten.

IV. Vertrauenspersonen von Begünstigten

1. Ausgangslage

In der OGH-Entscheidung vom 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, ging das Höchstgericht allgemein davon aus, dass die Unvereinbarkeitsbestimmungen auch auf Vertreter der Begünstigten zu erstrecken seien. Dies gelte jedenfalls für ein aufrechtes Vollmachtsverhältnis. Eine frühere Tätigkeit als Vertreter sei unschädlich, soweit nicht in besonderen Ausnahmefällen (etwa wegen des außergewöhnlichen Umfangs der Vertretung und des bezogenen Honorars) der Anschein entstehen könnte, der betreffende Organwalter sei bei der Ausführung seines Amtes als Mitglied des Stiftungsvorstands nicht mehr unvoreingenommen. Diese allgemeinen Ausführungen führten zur generellen Frage, ob oder inwieweit Vertrauenspersonen von Begünstigten dem Stiftungsvorstand angehören dürfen.³⁶ Insb stellte sich die Frage, ob das vom Höchstgericht angesprochene Vollmachtsverhältnis zwischen Begünstigtem und einem Mitglied des Stiftungsvorstands auch dann schädlich sein soll, wenn es sich auf stiftungsfremde Bereiche (zB die Vertretung bei einem Verkehrsunfall) bezieht. Dass Strohmänner von Begünstigten und von nahen Angehörigen von Begünstigten ebenso wie Begünstigte von einem Mandat als Stiftungsvorstand ausgeschlossen sind (und auf sie § 15 Abs 2 PSG Anwendung findet), war bereits bisher unstrittig.

2. Änderungen durch das BBG 2011

Um klarzustellen, dass nicht jede Nahebeziehung zwischen einem Begünstigten und einem Mitglied des Stiftungsvorstands automatisch auch eine Anwendbarkeit der Unvereinbarkeitsbestimmungen auf das Organmitglied erforderlich macht, sah sich der Gesetzgeber veranlasst, die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 15 Abs 2 und 3 PSG durch einen eigenen § 15 Abs 3a PSG zu erweitern. § 15 Abs 3a PSG idF BBG 2011 hat nachstehenden Wortlaut:

³⁴ OGH 7.6.1990, 7 Ob 546/90, JBl 1991, 44 = ImmZ 1990, 391.

³⁵ Siehe zu dieser Problematik auch Csoklich, PSR 2010, 13 ff; N. Arnold, GesRZ 2009, 355.

³⁶ Siehe Oberndorfer, ZfS 2009, 164; Eiselsberg, ZfS 2009, 160 f; Lauß/Lang, ZfS 2009, 197 ff; Limberg, eolex 2010, 254 ff; Reich-Rohrwig, eolex 2010, 62 f; Winner, PSR 2009, 102; Kerschbaum/Janovsky, JEV 2010, 14.

„(3a) Abs. 2 und Abs. 3 sind auch auf Personen anzuwenden, die von Begünstigten, deren Angehörigen (Abs. 2) oder in Abs. 3 genannten ausgeschlossenen Personen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand beauftragt wurden.“

Selbige „Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen“ im Organ beauftragt wurden, finden sich auch in § 14 Abs 4 PSG idF BBG 2011 (siehe bereits oben) und werden nunmehr auch beim Aufsichtsrat (§ 23 Abs 2 letzter Satz PSG idF BBG 2011) Begünstigten und nahen Angehörigen von Begünstigten gleichgestellt.

Grundgedanke dieser Neuregelungen ist es, zu verhindern, dass die einen Begünstigten (oder seine nahen Angehörigen) von der Tätigkeit in einem Stiftungsorgan ausschließenden Unvereinbarkeitsbestimmungen umgangen werden, indem eine Person dorthin entsendet wird, die dem Begünstigten (oder seinen Angehörigen) weisungsunterworfen, also in ihrem Verhalten von ihm steuerbar ist. Eine solche Weisungsgebundenheit sei typischerweise in einem Auftragsverhältnis betreffend die Tätigkeit in einem Stiftungsorgan gegeben. IdS sollen die für Begünstigte und ihre Angehörigen geltenden Unvereinbarkeitsbestimmungen bzw Einschränkungen für die Tätigkeit im Vorstand, im Aufsichtsrat und einem allfälligen weiteren Organ gem § 14 Abs 2 PSG auch auf Personen, die von diesen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen in einem Organ beauftragt wurden, Anwendung finden.³⁷ Damit stellen die Gesetzesmaterialien aber auch klar, dass „mit der Wahrnehmung ihrer Interessen ... beauftragt“ mehr ist als ein Vertrauensverhältnis. Es muss vielmehr eine unmittelbare Rechtsbeziehung oder zumindest ein faktisches Weisungsverhältnis zwischen dem Begünstigten (oder nahen Angehörigen des Begünstigten) und dem Organmitglied in Bezug auf die Organmitgliedschaft gegeben sein. Das Bestehen eines bloßen Vertrauensverhältnisses oder eines Auftragsverhältnisses außerhalb der Organmitgliedschaft ist hingegen für die Anwendbarkeit der Unvereinbarkeitsbestimmungen (bzw die Gleichstellung mit Begünstigten) irrelevant. Dennoch kann sie auch weiterhin einen wichtigen Grund idS § 27 Abs 2 PSG zur Abberufung darstellen. Solange die Abberufung aber nicht erfolgt ist, ist das Organmitglied aufrecht bestellt.

Mandatsverträge mit Mitgliedern des Stiftungsvorstands – wie sie in anderen Jurisdiktionen mitunter praktiziert werden – sind damit für den österreichischen Rechtsbereich ausgeschlossen. Abgabenrechtlich ist das im Übrigen ein weiterer Grund dafür, das Trennungsprinzip bei der Privatstiftung anzuerkennen und die österreichische Privatstiftung als intransparenten Rechtsträger zu qualifizieren.

ME handelt es sich bei diesen Neuregelungen um eine Klarstellung. Strohmänner waren bereits bisher von einem Mandat als Stiftungsvorstand ausgeschlossen bzw bei den übrigen Unvereinbarkeiten Begünstigten gleichgestellt. Problematisch scheint aber, dass die gesetzliche Neuregelung zumindest beim Aufsichtsrat und beim Beirat (bei weiteren Organen idS § 14 Abs 2 PSG) den *E-contrario*-Schluss ermöglichen würde, ein Mandatsverhältnis (Strohmännerverhältnis) zwischen Begünstigten bzw nahen Angehörigen eines Begünstigten und einem Organmitglied sei denkbar.³⁸

³⁷ ErlRV 981 BlgNR 24. GP, zu Art 28, zu Z 4 und 5.

³⁸ Beim Stiftungsvorstand stellt sich diese Problematik nicht, da ein derartiges Strohmännerverhältnis *per se* eine Unvereinbarkeit darstellt.

Dieser *E-contrario*-Schluss stünde allerdings mit den sonstigen Wertungen des PSG in Widerspruch. So haftet insb jedes Mitglied eines Stiftungsorgans für den aus seiner schuldhaften Pflichtverletzung entstandenen Schaden (§ 29 PSG). Schon daraus ist mE ableitbar, dass dem Gesetzgeber eine eigenverantwortliche Ausübung der Organfunktionen (und zwar in allen Stiftungsorganen) vorschwebte. Mandatsverträge (wie etwa bei liechtensteinischen Stiftungen immer wieder anzutreffen) sind dem PSG und glücklicherweise der Rechtspraxis der österreichischen Privatstiftung fremd. Die gesetzliche Neuregelung sollte daher dahingehend ausgelegt werden, dass Begünstigten bzw nahen Angehörigen von Begünstigten in Bezug auf ihre Organfunktion in der Stiftung weisungsunterworfenen Personen wie Begünstigte bzw nahe Angehörige von Begünstigten zu behandeln sind. Es sollte aber nicht der Schluss daraus gezogen werden, dass Strohmannen von Begünstigten Organfunktionen innehaben dürften.

Mangels Übergangsvorschrift traten die Änderungen am 31.12.2010 in Kraft. Daraus kann nicht geschlossen werden, dass ein Strohmann erst seit diesem Zeitpunkt von einer Unvereinbarkeit umfasst ist. ME war er dies bereits bisher.

Eine vergleichbare Erweiterung der Unvereinbarkeiten für den Stiftungsprüfer wurde nicht vorgesehen. Da sich § 20 Abs 3 PSG aber ebenso auf Begünstigte und nahe Angehörige von Begünstigten bezieht, dürfte es sich um ein Redaktionsversehen handeln. Eine Klarstellung wäre zweckmäßig; rechtlich sind Strohmannen von Begünstigten und nahen Angehörigen von Begünstigten mE aber schon bisher von der Unvereinbarkeit umfasst, sodass materiell keine Abweichung besteht.

3. Praxisanmerkungen

Bei der Anmeldung eines Mitglieds des Stiftungsvorstands zum Firmenbuch wird die „§-15-Erklärung“ über das Fehlen von Unvereinbarkeitsbestimmungen in Zukunft nicht nur auf § 15 Abs 3 PSG, sondern auch auf § 15 Abs 3a PSG Bezug zu nehmen haben. Ein in der Firmenbuchpraxis nach der OGH-E 6 Ob 145/09f geforderter Hinweis, dass man sich in Kenntnis dieser Judikatur befinde und (generell) kein Vollmachtsverhältnis zu Begünstigten oder nahen Angehörigen von Begünstigten bestehe, wird dadurch entbehrlich.

Das Fehlen einer Weisungsunterworfenheit/eines Auftragsverhältnisses in Bezug auf die Organfunktion wird auch bei gerichtlichen Bestellungen von Aufsichtsratsmitgliedern zu berücksichtigen sein; darüber hinaus bestehen gute Gründe dafür, diese Erklärung auch beim Stiftungsprüfer zu verlangen.

V. Unvereinbarkeit für Lebensgefährten

Bereits durch das FamRÄG 2009 wurden die Unvereinbarkeitsbestimmungen für die Mitglieder des Stiftungsvorstands um Lebensgefährten erweitert. Aufgrund eines Redaktionsversehens wurden diese allerdings lediglich in § 15 Abs 3 PSG eingefügt, die tragende Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs 2 PSG (und damit die Verweise des § 20 Abs 3 PSG und des § 23 Abs 2 PSG auf § 15 Abs 2 PSG) blieben aber unverändert. Schon bisher war allerdings davon auszugehen, dass ab 1.1.2010 § 15 Abs 2 PSG interpretativ auch auf Lebensge-

fährten von Begünstigten zu erweitern war.³⁹ Dieses Redaktionsversehen wird nunmehr bereinigt. Da die Erweiterung des § 15 Abs 2 PSG durch die Änderung des § 15 Abs 3 PSG bereits bisher interpretativ vorzunehmen war, tritt diese Änderung mE nicht etwa erst mit 31.12.2010 in Kraft; vielmehr beseitigt sie die redaktionelle Undeutlichkeit und bestand die Unvereinbarkeit für Lebensgefährten bereits ab 1.1.2010. Dass die Unvereinbarkeit auch interpretativ erweitert werden kann, hat der OGH im Übrigen mit seiner Entscheidung vom 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, klargestellt.

VI. Meldepflichten

Begünstigter ist der in der Stiftungserklärung als solcher Bezeichnete (§ 5 Satz 1 PSG). Ist der Begünstigte in der Stiftungserklärung nicht bezeichnet, so ist Begünstigter, wer von der vom Stifter dazu berufenen Stelle, sonst vom Stiftungsvorstand, als solcher festgestellt worden ist (§ 5 Satz 2 PSG). Durch Art 28 Z 1 BBG 2011 wird § 5 PSG nunmehr ein Satz angefügt:

„Der Stiftungsvorstand hat den in diesem Sinne festgestellten Begünstigten dem für die Erhebung der Körperschaftsteuer der Privatstiftung zuständigen Finanzamt unverzüglich elektronisch mitzuteilen.“

Die Einführung einer gesonderten Meldepflicht im PSG geht auf eine Kritik der FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering) zurück. Bereits im AbgÄG 2010 wurde § 13 Abs 6 KStG 1988 dahingehend geändert, dass Privatstiftungen zur zeitnahen Vorlage von Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde in der jeweils geltenden Fassung an das zuständige Finanzamt verpflichtet sind. Sind die Begünstigten daher in der Stiftungserklärung definiert, sind diese auch für die Finanzverwaltung nachvollziehbar. Erfolgt die Feststellung der Begünstigten aber durch eine Stelle (bzw subsidiär durch den Stiftungsvorstand), ist dies für die Finanzverwaltung zumindest zeitnah nicht ersichtlich. Aufgrund dieser Zielsetzungen, aber auch aufgrund der Wortwahl („in diesem Sinne festgestellten Begünstigten“) steht auch fest, dass die Meldepflichtung des § 5 PSG ausschließlich für festgestellte, nicht aber auch für bereits in der Stiftungserklärung individualisierte Begünstigte gilt. Zu beachten ist allerdings, dass sich in der Praxis häufig Kombinationen finden. So wird etwa einer Stelle die Feststellung der Begünstigten übertragen, die Auswahlbefugnis aber auf einen Begünstigtenkreis beschränkt. Handelt es sich nicht um die Einsetzung von Begünstigten in der Stiftungserklärung, sondern lediglich um die Definition eines möglichen Begünstigtenkreises, gilt die Verpflichtung des Stiftungsvorstands zur Meldung daher auch für diese Fälle der Feststellung. Soweit aus dem von der Finanzverwaltung herausgegebenen Handbuch zu § 5 PSG ersichtlich, dürfte die Finanzverwaltung von einer weitergehenden Offenlegungspflicht iSd Nennung aller Begünstigten (gleich, aus welcher Rechtsgrundlage diese ihre Begünstigtenstellung ableiten) ausgehen. Die Offenlegung hat gegenüber dem für die Erhebung der Körperschaftsteuer zuständigen Finanzamt zu erfolgen. Die Mitteilung ist über FinanzOnline vorzunehmen.

³⁹ N. Arnold, Unvereinbarkeitsbestimmung für Mitglieder des Stiftungsvorstands erweitert, GesRZ 2009, 287; Schimka, Stiftungsrecht 2009, PSR 2009, 55; aA Oberndorfer/Leitner, Zur Einbeziehung des Lebensgefährten in die Unvereinbarkeitsbestimmungen des PSG, ZfS 2009, 162.

Die Gesetzesmaterialien stellen außerdem klar, dass sie unter Begünstigten nicht nur solche, die durch eine förmliche Entscheidung als Begünstigte festgestellt wurden, sehen. Vielmehr soll auch jede Form der konkludenten Feststellung als Begünstigter (insb durch Vornahme einer Zuwendung) ausreichend sein. Bloß potenziell Begünstigte fallen nicht unter die Meldepflicht.⁴⁰

Schwierigkeiten der Interpretation eröffnet allerdings die Übergangsbestimmung des Art XI Abs 1b. Hiernach sind die Namen aller zum 31.3.2011 bestehenden oder nach § 5 PSG festgestellten Begünstigten dem für die Erhebung der Körperschaftsteuer der Privatstiftung zuständigen Finanzamt bis zum 30.6.2011 elektronisch mitzuteilen. Auch die Gesetzesmaterialien geben keinen Aufschluss darüber, was unter „bestehenden“ Begünstigten zu verstehen ist. Gegen die Auslegung, dass es sich um all jene Personen handelt, die als Begünstigte bereits in der Vergangenheit iSd § 5 PSG mit Wirkung für die Zukunft festgestellt wurden, spricht, dass der Gesetzgeber ausdrücklich nochmals auf die festgestellten Begünstigten Bezug nimmt. Die „bestehenden“ Begünstigten iSd in der Stiftungserklärung eingesetzten Begünstigten sind der Finanzverwaltung aber durch § 13 Abs 6 KStG 1988 ohnedies bekannt. Die Auslegung der Differenzierung wirft auch insoweit Fragen auf, als sich die Meldepflicht des § 5 letzter Satz PSG idF BBG 2011 ab 1.4.2011 nur auf festgestellte Begünstigte bezieht. Auch insoweit ist nicht ersichtlich, warum andere Personen als die nach § 5 PSG festgestellten Begünstig-

ten für den Zeitraum vor 1.4.2011 gemeldet werden sollten. Aus Vorsichtsgründen ist anzuraten, eine vollständige Offenlegung vorzunehmen. Unter „bestehende“ Begünstigte könnten nämlich auch in der Stiftungserklärung eingesetzte Begünstigte verstanden werden. Bloß potenziell Begünstigte fallen jedenfalls nicht unter die Offenlegungsverpflichtung (arg „zum 31. März 2011“).⁴¹

Nach § 42 PSG stellt eine Verletzung der Mitteilungspflicht nach § 5 PSG und nach der Übergangsvorschrift des Art XI Abs 1b eine Verwaltungsübertretung dar. Wird die Meldepflicht daher nicht oder nicht vollständig erfüllt, ist dies mit Geldstrafe bis zu 20.000 Euro je verschwiegenem oder nicht vollständig mitgeteiltem Begünstigten zu bestrafen. Eine Verwaltungsübertretung liegt allerdings dann nicht vor, wenn die Tat den Tatbestand einer gerichtlich strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Gegen die Strafsanktion obwalten aufgrund der mangelnden Bestimmtheit des Umfangs der Meldepflicht verfassungsrechtliche Bedenken.

Nicht eindeutig geklärt ist auch die Zuständigkeit zur Vollziehung der Verwaltungsstrafbestimmung. Gem Art XI ist mit der Vollziehung des PSG grundsätzlich der BMJ betraut. In Art I EGVG ist dieser nicht ausdrücklich genannt. Soweit ersichtlich, wird seitens des Ministeriums davon ausgegangen, dass die subsidiäre Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsbehörden bzw Bundespolizeidirektionen nach § 26 VStG greife.

⁴⁰ So auch Briem, PSR 2011, 9.

⁴¹ Zu den Zweifelsfragen siehe auch Eiselberg/Haslwanter, Die Pflicht zur Offenlegung der Begünstigten, PSR 2011, 16; Briem, PSR 2011, 8 f; Zollner, Aktuelles zum Begünstigtenbegriff, PSR 2011, 43.

Internal Investigations – Praxisorientierter Überblick



Internal Investigations, also **unternehmensinterne Untersuchungen**, sind ein mehr und mehr an Bedeutung gewinnendes Mittel, um den durch vermehrte Regulierung sowie behördliche Ermittlungen entstehenden Risiken zu begegnen. Dadurch wird bei Verdacht auf Gesetzes- oder sonstige Rechtsverstöße eine entsprechende Informationsgrundlage für Managemententscheidungen geschaffen.

Üblicherweise werden Mitarbeiter befragt und Unterlagen im großen Stil gesichtet, wobei die rechtlich gesetzten Grenzen, insbesondere des **Daten- und Persönlichkeitsschutzes**, jedenfalls zu beachten sind. Ist ein Unternehmen beispielsweise aufgrund der Zugehörigkeit zu einem internationalen Konzern gehalten, an einer internationalen Investigation teilzunehmen, sind Spannungsfelder vorprogrammiert.

Kustor (Hrsg.)
2010, 184 Seiten, kart.
ISBN 978-3-7073-1723-7
EUR 48,-