

10 Jahre Privatstiftungsgesetz**Praxis-Checklist zur Prüfung von Stiftungserklärungen****Höchstgerichtsentscheidungen und Praxiserfahrungen führen zu Sanierungserfordernissen**

VON RA DR. NIKOLAUS ARNOLD*)

Aufgrund der zunehmenden Anzahl von Höchstgerichtsentscheidungen, Lehrmeinungen und Praxiserfahrungen zur Privatstiftung zeigen sich rund zehn Jahre nach Einführung des Privatstiftungsgesetzes bei vielen Stiftungserklärungen Sanierungserfordernisse. Vorliegende Checklist soll eine Hilfestellung bei der entsprechenden Prüfung bieten.

Allgemeines Die Schaffung eines neuen Rechtsträgers und demzufolge die Erlassung neuer gesetzlicher Bestimmungen bringen es mit sich, dass Judikatur, Lehrmeinungen und Praxiserfahrungen anfangs fehlen und sich erst kontinuierlich entwickeln. Die nunmehr bereits vorhandenen Höchstgerichtsentscheidungen und Erfahrungswerte machen eine Prüfung von Stiftungserklärungen (gerade bei „älteren“ Privatstiftungen) und – soweit möglich – eine Überarbeitung bzw. Sanierung erforderlich. Die vorliegende Checklist soll – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – losgelöst vom Einzelfall einen Leitfaden für die Prüfung vermitteln (sie folgt dabei dem typischen Aufbau von Stiftungserklärungen). Im Einzelfall sind zusätzliche oder abweichende Aspekte und/oder Planungen bzw. Vorstellungen zu berücksichtigen.

Zu beachten ist, dass eine Sanierung häufig (aber nicht immer) eine Änderung der Stiftungserklärung erforderlich macht. Nach Entstehen einer Privatstiftung kann die Stiftungserklärung vom Stifter nur geändert werden, wenn er sich Änderungen ausdrücklich in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat (§ 9 Abs. 2 Z 6 i. V. m. § 10 Abs. 2, 1. Satz PSG). Der Vorbehalt des Änderungsrechts kann nach Eintragung der Privatstiftung nicht mehr nachgeholt werden.¹⁾ Bei Stiftermehrheit erfolgt die Ausübung des Änderungsrechtes grundsätzlich durch alle Stifter gemeinsam (§ 3 Abs. 2 PSG), soweit in der Stiftungsurkunde keine abweichenden Modalitäten vorgesehen sind. Scheitert eine Änderung der Stiftungserklärung durch den Stifter (mangels Vorbehalts oder infolge Ablebens), kann eine solche nur unter Wahrung des Stiftungszwecks „zur Anpassung an geänderte Verhältnisse“²⁾ mit Genehmigung des Gerichts durch den Stiftungsvorstand vorgenommen werden. Anpassungen an allenfalls geänderte Vorstellungen des Stifters scheitern hier meist an der Einschränkung, dass diese nicht „zur Anpassung an geänderte Verhältnisse“ erforderlich sind. Passt die Struktur überhaupt nicht mit den Vorstellungen der Stifter zusammen, kann (wenn alle Sanierungsversuche scheitern) die Prüfung von (steuerschonenden) Exit-Szenarien zweckmäßig sein.

Checklist

Regelung	Prüfung und mögliche Sanierung
Stiftungserklärung (Urkunde und Zusatzurkunde) allgemein	a) Einhaltung der Formvorschriften (Notariatsakt und – bei der Privatstiftung von Todes wegen – letztwillige Verfügung); sofern Verfügungen von Todes wegen in die Stiftungserklärung aufgenommen werden (etwa wenn gesetzliche Erben auf den Pflichtteil gesetzt werden etc.), ist auch bei Privatstiftungen unter Lebenden die für letztwillige Verfügungen maßgebliche Form einzuhalten

*) Dr. Nikolaus Arnold ist Rechtsanwalt in Wien.

1) Vgl. Geist, GesRZ 1998, 79 [80]; Pittl, NZ 1999, 197 [201].

2) Zum Begriff weiterführend N. Arnold, PSG-Kommentar, § 33 Rz. 58, 28.

	b) Geschäftsfähigkeit aller Stifter im Zeitpunkt der Errichtung (und jeder Änderung) der Stiftungserklärung prüfen; mitunter sind pfl egenschaftsbehördliche Genehmigung³⁾ und (!) Kollisionskurator(en)⁴⁾ notwendig (erforderlichenfalls kann durch Rathabierung [durch den zwischenzeitlich geschäftsfähigen Stifter] oder Nachholung des Versäumten – auch ohne Änderung der Stiftungserklärung – eine Sanierung erfolgen)
	c) Prüfung, ob die Stiftungsurkunde alle Angaben nach § 9 Abs. 1 PSG enthält (Widmung des Mindestvermögens; Stiftungszweck; die Bezeichnung der Begünstigten; ⁵⁾ Name und Sitz der Privatstiftung; Stifter samt Namen, Zustellanschrift und Geburtsdatum bzw. Firmenbuchnummer; Angabe, ob die Privatstiftung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit errichtet wird); sind die Regelungen des § 9 Abs. 2 Z 1 bis 8 (sofern aufgenommen) in der Stiftungsurkunde enthalten (ist dies nicht der Fall, sind diese mitunter unwirksam [oder in Bestimmung innerer Ordnung – soweit möglich – umzudeuten])?
	d) Anmeldung und Eintragung von Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde⁶⁾ samt allfälligen Änderungen zum Firmenbuch
	e) Wurden Änderungen der Stiftungserklärung vorbehalten (§ 33 PSG)? Sind diese mit zeitlichen oder inhaltlichen Beschränkungen verbunden, die noch zweckmäßig sind (diese wären gegebenenfalls rechtzeitig aufzuheben)? ⁷⁾
	f) Zur Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde muss ein ausdrücklicher Vorbehalt in der Stiftungsurkunde aufgenommen sein. Einer infolge Fehlens eines derartigen Vorbehaltes unwirksamen Stiftungszusatzurkunde kann durch Verschiebung der Regelungen in die Stiftungsurkunde (und damit verbundener Publizität) Wirksamkeit verschafft werden.
	g) Mehrere Stiftungszusatzurkunden sind unzulässig ⁸⁾ und sollten in eine Urkunde zusammengefasst werden (widrigenfalls stellt sich die Frage, welche der Zusatzurkunden gilt).
Vermögenswidmung	a) Prüfung, ob die Widmung des Mindestvermögens durch Stifter in der Stiftungsurkunde erfolgt ist (mindestens 1 Mio. S bei Stiftungerrichtung bis 31. 12. 2001 bzw. seit 1. 1. 2002 70.000 Euro; eine Widmung durch Dritte oder in der Zusatzurkunde wäre nicht ausreichend).
	b) Erfolgte die Widmung des Mindestvermögens durch geschäftsfähige Stifter und/oder mit pfl egenschaftsbehördlicher Genehmigung bzw. allenfalls unter Beiziehung eines Kollisionskurators (eine nachträgliche Sanierung ist – auch ohne Änderung der Stiftungserklärung – zumeist möglich)? ⁹⁾
Stiftungszweck	a) Ist ein erlaubter Stiftungszweck in der Stiftungsurkunde definiert? Ist dieser geeignet, als Richtschnur für das Handeln der Stiftungsorgane zu dienen? ¹⁰⁾
	b) Steht der Stiftungszweck in Einklang mit den sonstigen Regelungen der Stiftungserklärung (wie soll beispielsweise ein ertragloses Stiftungsvermögen erhalten und gleichzeitig eine laufende Versorgung der Begünstigten gewährleistet werden)?
	c) Eröffnet der Stiftungszweck (etwa für den Fall geänderter Abgabenvorschriften etc.) Exit-Szenarien?

³⁾ OGH 25. 2. 1999, 6 Ob 332/98 m, RdW 1999, 409.

⁴⁾ Vgl. auch OGH 29. 6. 1999, 1 Ob 56/99 p, RdW 1999, 719.

⁵⁾ Zum Umfang der in die Stiftungsurkunde aufzunehmenden Bezeichnung der Begünstigten vgl. auch *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), *Privatstiftungen*, 80 ff.; *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), *PSG*, § 9 Rz. 38.

⁶⁾ Nach OGH 7. 5. 2002, 7 Ob 53/02 y, RdW 2002/496, wirke die Eintragung der Stiftungszusatzurkunde im Firmenbuch lediglich deklarativ, die Eintragung wäre daher nicht erforderlich; strittig, weiterführend N. *Arnold*, *PSG-Kommentar*, § 33 Rz. 72.

⁷⁾ Die Zulässigkeit der Beseitigung derartiger Beschränkungen ist strittig (weiterführend N. *Arnold*, *PSG-Kommentar*, § 33 Rz. 41), wird aber in der Firmenbuchpraxis überwiegend akzeptiert.

⁸⁾ Strittig.

⁹⁾ Nach *Johler* in *Doralt/Kalss* (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts*, 141, sogar durch Nach- oder Zustiftungen.

¹⁰⁾ Vgl. *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, *ecolex spezial*, 34.

	d) Ist der Stiftungszweck (insbesondere i. V. m. der Begünstigtenregelung) nach außen gerichtet (Verbot der so genannten „ Selbstzweck “- Stiftung)? ¹¹⁾
Unternehmensgegenstand	Ist der „ Unternehmensgegenstand “ (die Tätigkeit) der Privatstiftung hinreichend definiert? Inwieweit besteht eine Kollision zwischen Stiftungszweck, sonstigen Regelungen (etwa auch in einer Geschäftsordnung) und dem „Gegenstand“ der Privatstiftung?
Dauer der Privatstiftung	a) Ist die Dauer der Privatstiftung (bestimmte oder unbestimmte Zeit) festgelegt (Mindestinhalt der Stiftungsurkunde)?
	b) Entspricht die Dauer (bestimmte oder unbestimmte Zeit) weiterhin den Vorstellungen der Stifter?
Organisation der Privatstiftung/weitere Organe	a) Soll die Privatstiftung neben den zwingenden Organen (Stiftungsvorstand, Stiftungsprüfer, gegebenenfalls Aufsichtsrat) über weitere verfügen? Falls ja, sind diese weiteren Organe in der Stiftungsurkunde hinreichend definiert (Verbot „geheimer“ Organe)? ¹²⁾ Reichen die dieser Stelle zugewiesenen Aufgaben aus, um ihr auch Organqualität zuzuerkennen? ¹³⁾
	b) Sind die Aufgaben der Stiftungsorgane hinreichend voneinander abgegrenzt bzw. den Organen eindeutig zugewiesen und die Organisationsstrukturen der Privatstiftung ausreichend definiert? ¹⁴⁾
	c) Sind die Bestellung und die Abberufung der Organmitglieder des weiteren Organs hinreichend geregelt (bei älteren Stiftungserklärungen werden sehr oft Ersatzmitglieder benannt, aber keine Regelungen getroffen, wie eine Bestellung erfolgt, wenn Ersatzmitglieder nicht mehr zur Verfügung stehen)? Einer bestellungs- und abberufungsbefugten Stelle kommt nach der OGH-Judikatur ¹⁵⁾ keine Organstellung zu (der Stiftungsprüfer ist ihr gegenüber daher grundsätzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet [e <i>contrario</i> § 21 Abs. 2, 1. Satz PSG], ein Prüfungsbericht ist ihnen nicht vorzulegen [e <i>contrario</i> § 21 Abs. 3, 2. Satz PSG]); insoweit müsste auf andere Weise (etwa durch Zuweisung weiterer Aufgaben) die Organstellung gesichert (oder zumindest Möglichkeiten der Überprüfung des Stiftungsvorstandes eingeräumt) werden.
	d) Ist die innere Ordnung (Beschlussmehrheit, Dirimierungsrecht, Einberufung etc.) definiert (§ 28 PSG ist tw. dispositiv und gilt nur, wenn das Stiftungsorgan „aus mindestens drei Mitgliedern besteht“)?
	e) Soll bei weiteren Organen (etwa aus Kostengründen) die Möglichkeit eröffnet werden, dass diese „abgesetzt“ werden? Wer entscheidet darüber? Welchen Einfluss hat dies auf die Aufgabenverteilung?
Stiftungsprüfer	a) Die Bestellung des Stiftungsprüfers kann ausschließlich durch das Gericht erfolgen; ¹⁶⁾ ein Vorschlagsrecht (etwa des Stifters) ist aber – sofern gewünscht – zulässig, wenn dadurch die Entscheidungsfreiheit des Gerichtes nicht eingeschränkt wird. ¹⁷⁾
	b) Um nicht überlang an einen Stiftungsprüfer gebunden zu sein (die Abberufung ist nur aus wichtigem Grund möglich), sollte eine Funktionsperiode definiert werden; die Firmenbuchgerichte akzeptieren hier eine Höchstfunktionsdauer von drei Jahren (mitunter – in Anlehnung an die Abschlussprüfung von Kapitalgesellschaften – auch eine kürzere Dauer).
	c) Wem gegenüber soll der Stiftungsprüfer zur Verschwiegenheit verpflichtet sein? Wem ist eine Ausfertigung des Prüfungsberichtes vorzulegen (eine Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht ist insbesondere gegenüber Stellen, denen die Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstandes oder anderer Organe obliegt, zweckmäßig)?

¹¹⁾ ErlRV zum § 1; OLG Innsbruck 29. 5. 1996, 3 R 110/96, RdW 1996, 406.

¹²⁾ Weiterführend OGH 31. 1. 2002, 6 Ob 305/01 y, RdW 2002/286.

¹³⁾ Vgl. OGH 12. 12. 2002, 6 Ob 291/02 s; weiterführend N. Arnold, RdW 2003/149.

¹⁴⁾ Zur Frage, ob die Organisationsstruktur des Organs oder der Stiftung zu definieren ist, siehe bereits vorstehende Fn.

¹⁵⁾ OGH 12. 12. 2002, 6 Ob 291/02 s.

¹⁶⁾ OGH 22. 6. 1995, 6 Ob 15/95, RdW 1995, 468.

¹⁷⁾ OGH 10. 10. 2002, 6 Ob 231/02 t, RdW 2003, 138.

Stiftungsvorstand	a) Ist die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern (soweit diese nicht ausschließlich durch das Gericht erfolgen soll) hinreichend und in Übereinstimmung mit den Unvereinbarkeitsbestimmungen und der Judikatur ¹⁸⁾ geregelt (allenfalls könnte durch Ruhen der Begünstigtenstellung für die Zeit der Mitgliedschaft im Stiftungsvorstand – oder sonstigen Eintritt einer Unvereinbarkeit – ein diesbezügliches Mandat aufrechterhalten werden; zu beachten wäre aber, dass die Stiftung einen nach außen gerichteten Zweck haben muss)? ¹⁹⁾ Ist auch für den Fall der Geschäftsunfähigkeit (der bestellungsbefugten Stelle) vorgesorgt? ²⁰⁾ Sind Entsendungs- oder Nominierungsrechte gewünscht? Ist eine Kooptierung überhaupt möglich (wiederholt wird vorgesehen, dass die verbleibenden Stiftungsvorstandsmitglieder den Nachfolger eines ausgeschiedenen Mitglieds bestellen; bei gleich langer Funktionsperiode scheiden aber alle Vorstandsmitglieder gleichzeitig aus dem Amt)? Allenfalls sollten mehrstufige Konstruktionen für den Fall, dass einzelne Regelungen in Hinkunft als unzulässig angesehen werden oder faktisch nicht „funktionieren“, aufgenommen werden. Hier sollten alle zeitlichen Abläufe (und möglichen Sachverhaltskonstellationen, wie Ableben, Geschäftsunfähigkeit, Wegfall ganzer Stämme etc.) durchgedacht werden; kann eine Bestellung nicht erfolgen, greift die subsidiäre Bestellungskompetenz des Gerichtes nach § 27 PSG (auch bei dieser könnte aber ein unverbindliches Vorschlagsrecht verschiedenster Personen vorgesehen werden). ²¹⁾
	b) Ist eine Funktionsperiode des Stiftungsvorstands definiert (widerigensfalls droht eine „lebenslange“ Mitgliedschaft, sofern kein wichtiger Abberufungsgrund vorliegt); von den Firmenbuchgerichten wird hier üblicherweise auch die nachträgliche Einfügung einer Funktionsperiode akzeptiert.
	c) Ist – sofern gewünscht – eine Obergrenze für die Zahl der Mitglieder vorgesehen?
	d) Nähere Definition der Abberufungsgründe?
	e) Ist die Bestellung des Vorsitzenden durch alle Mitglieder des Stiftungsvorstands erfolgt? ²²⁾ Hievon kann die Wirksamkeit von Beschlüssen (insbesondere, wenn ein Dirimierungsrecht schlagend wird) abhängen. Sind die Regelungen innerer Ordnung, insbesondere Beschlussmehrheiten, Dirimierungsrecht, Einberufung, schriftliche Beschlussfassung etc., hinreichend geregelt?
	f) Soll es zustimmungspflichtige Geschäfte geben? Inwieweit sollen einer anderen Person/Stelle Weisungsrechte (sofern gesetzlich überhaupt zulässig) eingeräumt werden?
Aufsichtsrat	Muss die Privatstiftung zwingend über einen Aufsichtsrat verfügen (§ 22 Abs. 1 PSG)? Kann es erforderlich werden, dass die Privatstiftung über einen obligatorischen oder fakultativen Aufsichtsrat verfügt? à allenfalls bereits vorsorglich Regelungen (etwa über eine Erweiterung der Aufgaben oder die innere Ordnung) aufnehmen.
Vergütung der Stiftungsorgane	a) Zur Vermeidung von Insichgeschäften sollten hinreichende Richtlinien über die Vergütung vorgesehen werden ²³⁾ und/oder einer anderen Stelle (etwa einem Beirat) die Festsetzung (im Vorhinein) ²⁴⁾ übertragen werden.
	b) Sofern Familienangehörige der Stifter (oder andere nahe stehende Personen) ein derartiges Mandat übernehmen, sollte die Möglichkeit eröffnet werden, dass lediglich ein Aufwandersatz zu leisten ist (widerigensfalls könnte es sich bei der unentgeltlichen Tätigkeit um eine abgabenrechtlich relevante „ verdeckte Vermögenswidmung “ handeln).

¹⁸⁾ Vgl. insbesondere OGH 20. 5. 1997, 6 Ob 39/97 x, RdW 1997, 534; 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01 v, RdW 2001/502.

¹⁹⁾ OLG Innsbruck 29. 5. 1996, 3 R 110/96, RdW 1996, 406.

²⁰⁾ Vgl. zur Ausübung der Stifterrechte bei Geschäftsunfähigkeit *Ofner*, NZ 2001, 270 ff.; N. *Arnold*, PSG-Kommentar, § 3 Rz. 44, 53.

²¹⁾ Vgl. zum Stiftungsprüfer OGH 10. 10. 2002, 6 Ob 231/02 t, RdW 2003, 138.

²²⁾ Eine Bestellung durch Dritte, etwa den Stifter in der Stiftungserklärung, ist unzulässig (vgl. § 28 Z 1 PSG); arg.: „wählt aus seiner Mitte [...]“.

²³⁾ OGH 15. 12. 1999, 6 Ob 73/99 z, RdW 2000/204.

²⁴⁾ Zu den Bedenken des OGH, über die nachträgliche Festsetzung könne unzulässiger Druck ausgeübt werden, siehe 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97 x, JBl 1997, 776 [Anm. *König*].

Begünstigte	a) Prüfung, ob in der Stiftungsurkunde der Begünstigtenkreis hinreichend geregelt ist (in der Praxis finden sich sehr häufig – unzulässige – schlichte Verweisungen auf die Stiftungszusatzurkunde). ²⁵⁾ Stimmt eine allenfalls in der Stiftungszusatzurkunde vorgenommene nähere Ausgestaltung mit der Definition der Stiftungsurkunde überein?
	b) Bestimmte oder bestimmbare Bezeichnung der Begünstigten in der Stiftungserklärung oder Feststellung durch eine Stelle i. S. d. § 5 PSG? Gibt es eine dynamische Regelung für den Fall, dass (sofern derartige Konstruktionen gewählt sind) Erst- und Ersatzbegünstigte weggefallen sind (bei „älteren“ Stiftungen kommen häufig starre namentliche Nennungen zur Anwendung, die eine Begünstigung z. B. der übernächsten Generation etc. unmöglich machen)?
	c) An welche(n) Begünstigte(n) sollen wann, wie oft, welche Beträge zugewendet werden (ein starrer Zuwendungsanspruch kann allerdings nachteilige abgabenrechtliche Folgen mit sich bringen)? Aufteilung nach Köpfen oder Stämmen? Sollen die Begünstigten einen klagbaren Anspruch haben? Trifft die Stelle (sofern eine solche eingerichtet ist) eine Entscheidungspflicht (wer kann diese [wie] durchsetzen)?
	d) Sind die Begünstigtenregelungen überhaupt unter Beachtung eines allfälligen Mindestvermögensstandes (§ 9 Abs. 2 Z 11) bzw. des Stiftungszwecks durchführbar? Allfällige Vermögenserhaltungsregelungen sollten auf ihre Übereinstimmung mit der Begünstigtenregelung und ihre Zweckmäßigkeit überprüft werden.
	e) Soll die Begünstigtenstellung vererblich ausgestaltet werden? Wann beginnt und endet die Begünstigtenstellung (dies kann insbesondere in Hinblick auf Unvereinbarkeiten und die Auskunftsansprüche nach § 30 PSG von Relevanz sein)? Wann sollen welche (aktuell oder potenziell) Begünstigten in welchem Umfang (mit oder ohne Mitwirkung anderer Begünstigter) welche Informationen (Auskünfte) von der Privatstiftung erhalten? Soll das Auskunftsrecht auf potenziell Begünstigte ausgedehnt werden?
Widerruf	a) Wurde der Widerruf der Privatstiftung vorbehalten (sollte dies nicht der Fall sein, könnte – je nach Firmenbuchrichter – ein Widerrufsvorbehalt mittels Änderung der Stiftungsurkunde nachträglich aufgenommen werden)? ²⁶⁾
	b) Gegebenenfalls können durch Änderung der Stiftungserklärung Exit-Szenarien vorbereitet werden (soweit die Änderungen nicht unzulässigerweise widerrufsgleich sind).
Abwicklung der Privatstiftung/ Letztbegünstigte	a) Sind Letztbegünstigte definiert (Achtung: Begünstigte sind nicht notwendigerweise auch Letztbegünstigte; fehlen Letztbegünstigte, ist im Fall des Widerrufs durch einen Stifter dieser [bzw. sind bei Stiftermehrheit diese zu gleichen Teilen] Letztbegünstigter, sind allerdings auch unter Zugrundelegung dieser Zweifelsregelung keine Letztbegünstigten vorhanden, fällt das Vermögen der Republik Österreich anheim [§ 36 Abs. 3 PSG])? Prüfung, ob auch nach mehreren Generationen immer noch Letztbegünstigte vorhanden sind, allenfalls mehrstufige Regelungen (ebenso Klärung, ob die Aufteilung nach Stämmen oder nach Köpfen etc. erfolgt).
	b) Soll eine Versilberung des Stiftungsvermögens vorgenommen werden? ²⁷⁾

²⁵⁾ Siehe auch *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), Privatstiftungen, 80 ff.; *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), PSG, § 9 Rz. 38.

²⁶⁾ Vgl. zu den insoweit strittigen Ansichten unter den Firmenbuchrichtern G. *Nowotny* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg.), Privatstiftungen, 142.

²⁷⁾ Entsprechende Anordnungen in die eine oder andere Richtung sind zulässig, *Pittl*, NZ 1999, 197 [205].