

51. Jahrgang / Dezember 2022 / Nr. 6

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Susanne Kalss/Jakob Deutsch
Nachhaltigkeitspflichten für Unternehmen

Hans-Georg Koppensteiner
Konzernweite Legalitätspflicht

Julia Nicolussi
Die Kapitalgesellschaft & Co

Fabian Aubrunner/Julian Tatschl
Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCAR)

Nikolaus Arnold
Stiftungszusatzurkunde und Nebenabreden bei Privatstiftungen

Der praktische Fall
Die Krankel GmbH: Tochter in der Falle

Aus der aktuellen Rechtsprechung
OGH-Entscheidungen zu Firmenbuch und Kapitalgesellschaften

Unternehmensrecht aktuell
Wichtige Gesetzesvorhaben im Überblick
Österreichische und europäische Finanzmarktaufsicht

Die Stiftungszusatzurkunde und Nebenabreden bei Privatstiftungen

NIKOLAUS ARNOLD*

Dieser Beitrag zur Stiftungszusatzurkunde und zu Nebenabreden bei Privatstiftungen basiert auf einem am 10. Wiener Unternehmensrechtstag gehaltenen Vortrag des Autors. Übertitel des Unternehmensrechtstags war „Der Side Letter im Spannungsfeld zwischen gebräuchlicher Vereinbarung und Gesetzesumgehung“. Gegenüber der Vortragsfassung wurden einige Erweiterungen vorgenommen, so insb bedingt durch die Judikate des OGH vom 29.8.2022, 6 Ob 100/22g,¹ und vom 18.11.2022, 6 Ob 174/22i.

I. Einleitung

Gem § 7 Abs 1 PSG wird die Privatstiftung durch eine Stiftungserklärung errichtet. Bei der Errichtung der Stiftungserklärung handelt es sich um ein einseitiges nicht empfangs- oder annahmbedürftiges Rechtsgeschäft.² Das Stiftungsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft *sui generis*.

Für die Errichtung der Privatstiftung ist es ausreichend, wenn eine Stiftungsurkunde in der maßgeblichen Form errichtet wird. Eine Stiftungszusatzurkunde kann – die Aufnahme des entsprechenden Vorbehalts in der Stiftungsurkunde vorausgesetzt – errichtet werden; zwingend ist die Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde allerdings nicht.

Die Stiftungszusatzurkunde ist dennoch weder eine Nebenvereinbarung noch ein *side letter*. Unter bestimmten Voraussetzungen kann sie allerdings auch Regelungen mit Vereinbarungskarakter enthalten.³

II. Begriffsdefinition

Aus § 10 Abs 1 PSG ergibt sich, dass unter dem Begriff „Stiftungserklärung“ die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde gesamtheitlich zu verstehen sind. Die Stiftungserklärung ist daher auch als Gesamtheit dieser beiden Urkunden anzusehen.⁴ Die Begriffsabgrenzung ist im PSG nicht immer konsequent.

Das PSG verwendet wiederholt den Begriff „Stiftungserklärung“.⁵ Der Begriff „Stiftungsurkunde“ findet sich in § 3 Abs 2, § 12 Abs 2 Z 1, § 13 Abs 3 Z 2, § 30 Abs 1, § 30 Abs 3 und § 39 Abs 3 PSG. Auf die Stiftungszusatzurkunde nimmt der Gesetzgeber in § 9 Abs 2 Z 7, § 13 Abs 3 Z 3, § 30 Abs 1 und § 33 Abs 3 PSG Bezug. § 10 Abs 2 Satz 1 PSG spricht von „Zusatzurkunde“ und meint damit gleichermaßen die Stiftungszusatzurkunde.

III. Vorbehalt der Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde

Gem § 9 Abs 2 Z 7 iVm § 10 Abs 2 PSG kann die Stiftungsurkunde die Angabe enthalten, dass eine Stiftungszusatz-

urkunde errichtet ist oder werden kann. Die Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde ist daher nur dann zulässig, wenn ein entsprechender Hinweis auf diese in die Stiftungsurkunde aufgenommen ist bzw sich der Stifter bzw die Stifterin⁶ die Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat.⁷ Die Zulässigkeit der Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde ist ausschließlich nach Maßgabe der Stiftungsurkunde zu prüfen.⁸ Ein in der Stiftungszusatzurkunde enthaltener Vorbehalt auf Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde ist daher jedenfalls unzureichend.

Es ist nicht erforderlich, dass sich bei Stiftermehrheit sämtliche Stifter die Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde vorbehalten. Ebenso wie das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung kann auch das Recht auf (nachträgliche) Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde dem einzigen Stifter, einem Stifter bei Stiftermehrheit oder mehreren (oder allen) Stiftern gemeinsam vorbehalten werden. Auf das Verhältnis zum Änderungsvorbehalt⁹ ist zu achten.

IV. Sanierung eines fehlenden Errichtungsvorbehalts und Verhältnis zum Änderungsvorbehalt

Enthält die Stiftungsurkunde keinen Vorbehalt zur Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde und wird dennoch eine Stiftungszusatzurkunde errichtet, ist die Errichtung derselben und sind damit auch die in dieser enthaltenen Bestimmungen grundsätzlich unwirksam.¹⁰

Zu prüfen ist, ob oder inwieweit das Fehlen des Vorbehalts der Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde nachträglich saniert werden kann, um insoweit der Stiftungszusatzurkunde auch Wirksamkeit zu verschaffen. Hat sich der Stifter die Änderung der Stiftungsurkunde vorbehalten, kann er auch nachträglich durch Änderung der Stiftungsurkunde die Angabe in diese aufnehmen, dass eine Stiftungszusatzurkunde errichtet werden kann.¹¹ Die Zulässigkeit ergibt sich daraus, dass sämtliche Bestimmungen der Stiftungszusatz-

* Dr. Nikolaus Arnold ist Rechtsanwalt in Wien.

¹ In diesem Heft GesRZ 2022, 373.

² Vgl Schauer, Zivilrechtliche Grundfragen der Stiftungserrichtung, in Csoklich/M. Müller, Die Stiftung als Unternehmer (1990) 27 (31); OGH 25.2.1999, 6 Ob 332/98m; 9.3.2006, 6 Ob 166/05p.

³ Einen wichtigen Schritt zur Korrektur dieser bedenklichen Tendenzen stellt das erst nach Fertigstellung des Beitrags ergangene Urteil des EuGH vom 22.11.2022, verb Rs C-37/20 und C-601/20, *Luxembourg Business Registers*, dar.

⁴ Vgl auch OLG Wien 15.2.2007, 28 R 146/06f, ZfS 2007, 19.

⁵ Vgl zB § 5, § 7 Abs 1, § 8 Abs 1, 2 und Abs 3 Z 2, § 9 Abs 1 und 2 PSG.

⁶ Aus Gründen des erleichterten Leseflusses wird in weiterer Folge für Stifter die männliche Form gewählt, ohne dass sich daraus Einschränkungen in Bezug auf das Geschlecht ergeben würden.

⁷ OGH 7.5.2002, 7 Ob 53/02y.

⁸ LGZ Wien 26.3.2002, 46 R 824/01v.

⁹ Siehe Pkt IV.

¹⁰ Csoklich, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 13 (29); Pittl, Errichtung und Entstehung von Privatstiftungen, NZ 2000, 257 (263).

¹¹ OLG Wien 26.3.2007, 28 R 1/07h, GesRZ 2007, 208 (N. Arnold); M. C. Huber in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG (1995) § 10 Rz 6.

urkunde auch in die Stiftungsurkunde aufgenommen werden können. Ausnahmsweise kann der Stifter daher das Recht auf Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde auch durch nachträgliche Änderung der Stiftungsurkunde schaffen. Der oder die Stifter, denen das Recht auf Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde zukommt, müssen dabei nicht notwendigerweise mit jenem oder jenen Stiftern ident sein, die die konkrete Änderung der Stiftungsurkunde vornehmen. Die nachträgliche Einfügung eines Errichtungsvorbehalts darf aber nicht zur Umgehung eines fehlenden Änderungsrechts eines Stifters führen.

Es ist auch nicht notwendig, dass die Stiftungszusatzurkunde gleichzeitig mit der Änderung der Stiftungsurkunde errichtet wird. Streng genommen entsteht das Recht auf Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde bei nachträglicher Aufnahme des Vorbehalts in die Stiftungsurkunde erst mit Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde im Firmenbuch. Eine Stiftungszusatzurkunde kann daher bei Fehlen eines Errichtungsvorbehalts erst nach Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde (mit der der Errichtungsvorbehalt aufgenommen wurde) im Firmenbuch wirksam errichtet werden.

Wurde eine Stiftungszusatzurkunde errichtet, obgleich der Stifter sich die Errichtung nicht vorbehalten hat, und wird dieser Zustand erst nachträglich durch Aufnahme eines entsprechenden Vorbehalts in die Stiftungsurkunde saniert, sollte aus Vorsichtsgründen auch die Stiftungszusatzurkunde (nach Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde im Firmenbuch) nochmals errichtet werden, um Diskussionen über ihre Wirksamkeit zu vermeiden.

Haben sich die Stifter die Änderung der Stiftungserklärung nicht vorbehalten, können sich daraus Einschränkungen für die möglichen Regelungsinhalte einer nachträglich errichteten Stiftungszusatzurkunde ergeben. Zu denken ist dabei an den Fall, dass in der Stiftungsurkunde Regelungen aufgenommen wurden, die sich grundsätzlich auch in der Stiftungszusatzurkunde finden könnten (etwa die Einsetzung von Begünstigten). Haben sich die Stifter die Änderung der Stiftungserklärung nicht vorbehalten, kann die Stiftungsurkunde auch nicht durch nachträgliche Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde abgeändert werden. Sehr wohl ist es aber bei fehlendem Änderungsvorbehalt (aber gegebenem Errichtungsvorbehalt in Bezug auf die Stiftungszusatzurkunde) zulässig, eine Stiftungszusatzurkunde zu errichten und dort Bestimmungen aufzunehmen, die ihrerseits – soweit zulässig – die Stiftungsurkunde ergänzen oder erweitern. Zu denken ist etwa an eine nähere Definition des Begünstigtenkreises, sofern diese Definition in der Stiftungsurkunde noch nicht erfolgt ist, oder die Aufnahme von Vergütungsregelungen für die Mitglieder des Stiftungsvorstands, sofern auch solche in der Stiftungsurkunde noch nicht geregelt sind. Selbst Ergänzungen, die zu wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Regelungen der Stiftungsurkunde führen, sind nicht zur Gänze ausgeschlossen. Wurden in der Stiftungsurkunde bspw zwei Begünstigte eingesetzt, können – soweit dies durch die Bestimmungen der Stiftungsurkunde nicht ausgeschlossen ist – weitere Begünstigte in der Stiftungszusatzurkunde vorgesehen werden (§ 9 Abs 2 Z 10 iVm § 10 Abs 2 PSG). Abweichungen von den Bestimmungen der Stiftungsurkunde sind

aber auch diesfalls nicht möglich. Wird in der Stiftungsurkunde festgeschrieben, dass der Begünstigtenkreis sich ausschließlich aus Angehörigen der Familie der Stifter zusammensetzt, kann durch nachträgliche Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde der Begünstigtenkreis nicht erweitert werden. Lässt die Stiftungsurkunde den Begünstigtenkreis hingegen offen, ist die Erweiterung des Begünstigtenkreises in der Stiftungszusatzurkunde möglich.

V. Eine oder mehrere Stiftungszusatzurkunden?

Nach einer im Jahr 2013 durchgeführten Erhebung¹² verfügen 80 % der Privatstiftungen über eine Stiftungszusatzurkunde. Bei 3 % findet sich im Firmenbuch der Hinweis auf mehrere Stiftungszusatzurkunden.¹³

Es stellt sich daher die Frage, wie mit mehreren Stiftungszusatzurkunden umzugehen ist. Die gesetzliche Ausgangslage ist mE klar: Die Stiftungserklärung kann nur in eine Stiftungsurkunde und eine Stiftungszusatzurkunde getrennt werden. Eine Mehrzahl an Stiftungszusatzurkunden ist daher unzulässig.¹⁴ Auch die Gesetzesmaterialien sprechen von der „Stiftungsurkunde“ jeweils nur in der Einzahl.

Wurden dennoch mehrere Stiftungszusatzurkunden errichtet, ist deren Inhalt im interpretativen Weg unter Berücksichtigung der jeweils vorbehaltenen Gestaltungsrechte zu ermitteln. Ein fehlender Änderungsvorbehalt in Bezug auf die Stiftungserklärung kann nämlich auch nicht durch die Errichtung weiterer Stiftungszusatzurkunden umgangen werden.¹⁵

Beispiel 1

Eine Stiftungsurkunde wurde errichtet. Die Stifter haben sich die Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde vorbehalten und eine solche auch bereits errichtet. Eine Änderung der Stiftungserklärung haben sich die Stifter hingegen nicht vorbehalten.

Errichten die Stifter in diesem Fall eine weitere Stiftungszusatzurkunde, wäre dies eine unzulässige und unwirksame Änderung der bestehenden Stiftungszusatzurkunde. Mangels Änderungsvorbehalts kann die Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde auch nicht in die Änderung der bestehenden Stiftungszusatzurkunde umgedeutet werden.

Beispiel 2

Eine Stiftungsurkunde wurde errichtet. Die Stifter haben sich die Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde vorbehalten und eine solche auch bereits errichtet. Ebenso haben die Stifter sich die Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten. In weiterer Folge errichten die Stifter eine weitere Stiftungszusatzurkunde und diese zweite Stiftungszusatzurkunde wird auch in das Firmenbuch eingetragen.

In diesem Fall konnten die Stifter die ursprüngliche Stiftungserklärung (hier: die erste Stiftungszusatzurkunde) aufgrund des entsprechenden Änderungsvorbehalts auch nachträglich noch ändern. Die Errichtung einer weiteren Stiftungszusatzurkunde ist daher mE in die Änderung bzw Ergän-

¹² Kalss/Bertleff/Lutz/Samonigg/Tucek, Empirische Zahlen nach 20 Jahren Privatstiftungsgesetz, in Kalss, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts (2014) 13 (20).

¹³ Die aktuellen Zahlen dürften in etwa in diesem Bereich liegen; vgl Kalss/Harner/Grusch/Nindler/Lammer/M. Winkler, Ausgewählte empirische Daten zur Privatstiftung in Österreich, GesRZ 2022, 172 (181).

¹⁴ N. Arnold, PSG¹ (2022) § 9 Rz 22; OGH 22.10.2020, 6 Ob 200/20k.

¹⁵ OGH 22.10.2020, 6 Ob 200/20k.

zung der bestehenden Stiftungszusatzurkunde umzudeuten. Der Inhalt der Stiftungszusatzurkunde ist interpretativ zu ermitteln.

Würden mehrere Stiftungszusatzurkunden in das Firmenbuch eingetragen, könnte auch eine entsprechende Korrektur der Firmenbucheinträge erwogen werden.¹⁶

Mag das Änderungsrecht des Stiftungsvorstands nach § 33 Abs 2 PSG (insb im Falle des Fehlens eines Änderungsvorbehalts der Stifter) auch nicht der Klärung von Zweifelsfragen dienen,¹⁷ scheint eine Änderung der Stiftungszusatzurkunde (jedenfalls dann, wenn es dadurch zu keinen inhaltlichen Änderungen kommt), die der Zusammenführung der Regelungen dient, zulässig. Einer – insb mangels entsprechenden Vorbehalts – nicht wirksam errichteten Stiftungszusatzurkunde kann freilich auch der Stiftungsvorstand keine Wirksamkeit verleihen.

Beispiel 3

Eine Stiftungsurkunde wurde errichtet. Die Stifter haben sich die Errichtung mehrerer Stiftungszusatzurkunden vorbehalten und bereits eine Stiftungszusatzurkunde errichtet. Eine Änderung der Stiftungserklärung haben sich die Stifter hingegen nicht vorbehalten. Die Stifter wollen nun eine weitere Stiftungszusatzurkunde errichten.

Fraglich ist in einem derartigen Fall, ob der Vorbehalt der Errichtung mehrerer Stiftungszusatzurkunden in einen Änderungsvorbehalt (in Bezug auf die bestehende Stiftungszusatzurkunde) umgedeutet werden kann. Typischerweise ist dies nicht der Fall. Haben sich die Stifter die Änderung der Stiftungserklärung nicht vorbehalten, findet sich zumeist eine entsprechende Erklärung in der Stiftungsurkunde („Die Stifter behalten sich die Änderung der Stiftungserklärung nicht vor.“ oder „Die Stifter verzichten auf eine Änderung der Stiftungserklärung.“). Ausnahmsweise kann es aber Fälle geben, in denen die Formulierung so gestaltet ist, dass sie sehr wohl auch als Änderungsvorbehalt verstanden werden kann und muss. Zu denken wäre etwa an eine Formulierung: „Die Stifter errichten gleichzeitig mit Errichtung der Stiftungsurkunde eine Stiftungszusatzurkunde. Die Errichtung weiterer Stiftungszusatzurkunden [zur Ergänzung, aber auch in Abänderung der bestehenden Stiftungsurkunde] bleibt ausdrücklich vorbehalten.“

VI. Eintragung, Abgrenzung von Nachstiftungen

Die Tatsache der Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde ist zum Firmenbuch anzumelden (§ 13 Abs 3 Z 3 PSG). Selbiges gilt für das Datum einer Änderung derselben. Die Eintragung der Tatsache der Änderung der Stiftungszusatzurkunde wirkt konstitutiv.¹⁸ Wird die Errichtung bzw Änderung der Stiftungszusatzurkunde nicht in das Firmenbuch eingetragen, entfaltet sie grundsätzlich auch noch keine Wirksamkeit.

In einer logischen Sekunde nach Errichtung der Stiftungsurkunde entsteht die Privatstiftung als rechtsfähige Vorstiftung. Auch die rechtsfähige Vorstiftung kann Nach- oder Zustiftungen annehmen. Diese Möglichkeit besteht unabhängig davon, ob die Stifter sich die Änderung der Stiftungserklärung

oder den Widerruf der Privatstiftung vorbehalten haben. Nach- und Zustiftungen können sowohl unter Lebenden als auch von Todes wegen erfolgen. Nach- bzw Zustiftungen unter Lebenden sind unentgeltliche zweiseitige Verträge, die der Annahme durch die Privatstiftung bedürfen.¹⁹ Ob eine einseitige Widmungserklärung des Stifters bei unmittelbarem Zusammenhang mit der Errichtung der Privatstiftung eine Ergänzung der Stiftungszusatzurkunde darstellen kann, blieb in der Judikatur zuletzt offen.²⁰ Jedenfalls bedarf die Widmungserklärung diesfalls aber – ebenso wie die Stiftungszusatzurkunde auch – der Form des Notariatsaktes.

Die Abgrenzung zwischen Vermögenswidmung in der Stiftungserklärung oder im Rahmen einer damit zusammenhängenden Widmungserklärung und Nachstiftung kann im Einzelfall schwierig sein. Die Fälle in der Judikatur, in denen sich der OGH mit der Abgrenzung von Vermögenswidmungen in oder außerhalb der Stiftungserklärung und Nachstiftungen auseinandergesetzt hat, zeigen, dass eine sorgfältige Prüfung und Berücksichtigung der möglichen Auswirkungen im Rahmen der Umsetzung geboten ist.

VII. Verhältnis zwischen Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde

Die Stiftungsurkunde wird häufig als „Verfassung“, die Stiftungszusatzurkunde als das „Ausführungsgesetz“ der Privatstiftung bezeichnet.²¹

Grundsätzlich besteht zwischen Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde aber kein Verhältnis einer Über- oder Unterordnung, soweit kein Verstoß gegen § 10 Abs 2 Satz 1 PSG vorliegt. Regelungsinhalte, wie in § 9 Abs 1 und Abs 2 Z 1 bis 8 PSG beschrieben, müssen in der Stiftungsurkunde enthalten sein. Die Judikatur nimmt im organisationsrechtlichen außenwirksamen Bereich außerdem einen Vorrang der Stiftungsurkunde an.²² Dennoch müssen nicht notwendigerweise sämtliche mit den betreffenden Regelungsgegenständen im Zusammenhang stehenden Details in der Stiftungsurkunde geregelt werden. Konkret ist zu fragen, ob eine Bestimmung nach § 10 Abs 2 PSG zwingend in die Stiftungsurkunde aufzunehmen ist; ist dies nicht der Fall, muss sie sich nur dann in der Stiftungsurkunde finden, wenn aus Verkehrsschutzgründen eine weiter gehende Festlegung in der Stiftungsurkunde erforderlich ist.²³ Die Richtschnur dessen, was das PSG als Außenwirkung versteht, gibt § 10 Abs 2 PSG vor.²⁴

Besonders deutlich wird die Diskussion über die Abgrenzung zwischen Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde bei der Frage, wie weit Kompetenzregelungen in Bezug auf Stiftungsorgane in der Stiftungsurkunde enthalten sein müssen.²⁵ In der Judikatur wurde eine grobe Umschreibung bzw eine Festlegung in den Grundsätzen in der Stiftungsurkunde als ausreichend angesehen.²⁶ Die OGH-Entscheidung vom 29.6.2015, 6 Ob 95/15m, ist insoweit von ihrem Wortlaut zu

¹⁶ N. Arnold, PSG⁴, § 9 Rz 22.

¹⁷ OGH 29.4.2004, 6 Ob 7/04d.

¹⁸ N. Arnold, PSG⁴, § 33 Rz 72; OGH 29.6.2015, 6 Ob 95/15m, GesRZ 2015, 333 (R. Briem).

¹⁹ OGH 13.9.2001, 6 Ob 189/01i.

²⁰ OGH 30.10.2018, 2 Ob 13/18b.

²¹ OGH 14.7.2011, 3 Ob 177/10s, GesRZ 2011, 317 (S. Wurzer/H. Foglar-Deinhardstein).

²² OGH 26.4.2018, 6 Ob 228/17y, GesRZ 2018, 253 (Hartlieb).

²³ Zutreffend Hartlieb, GesRZ 2018, 255 (256).

²⁴ Zu Details N. Arnold, PSG⁴, § 10 Rz 8.

²⁵ Insoweit zu weitgehend OGH 29.6.2015, 6 Ob 95/15m.

²⁶ Zu Details N. Arnold, PSG⁴, § 14 Rz 19.

streng und auch vereinzelt geblieben. ME reicht es daher aus, die Aufgaben eines weiteren Organs – seine ordnungsgemäße Einrichtung in der Stiftungsurkunde vorausgesetzt – in der Stiftungsurkunde grob zu umschreiben. Nähere Details (etwa jene Geschäfte, die der Zustimmung des Organs vorbehalten sind) können aber in der Stiftungszusatzurkunde geregelt werden. Umso erfreulicher ist es, dass der OGH nunmehr in der E 6 Ob 174/22i wieder ausdrücklich zu der Formulierung zurückgekehrt ist, dass die Einrichtung eines weiteren Organs die grobe Umschreibung der Kompetenzen dieses Organs in der Stiftungsurkunde erfordert.

Einschränkungen der Gestaltungsrechte, dh insb des Änderungs- und Widerrufsrechts, können nur in der Stiftungsurkunde wirksam (iSv eingeschränktem Vorbehalt) vorgenommen werden.²⁷ Dies ist konsequent, kann doch auch das Gestaltungsrecht selbst nur in der Stiftungsurkunde vorbehalten werden. Dies bedeutet aber nicht, dass in der Stiftungszusatzurkunde aufgenommene Einschränkungen unbeachtlich wären. Durch derartige Bestimmungen kann dem Berechtigten durchaus ein Rechtsanspruch eingeräumt werden, der gegebenenfalls auch durchgesetzt werden kann.²⁸

Getrennt davon zu betrachten ist die Frage der Ausübung von Gestaltungsrechten durch die Stifter (Modalitäten der Ausübung). § 3 Abs 2 PSG besagt: „Hat eine Privatstiftung mehrere Stifter, so können die dem Stifter zustehenden oder vorbehaltenen Rechte nur von allen Stiftern gemeinsam ausgeübt werden, es sei denn, die Stiftungsurkunde sieht etwas anderes vor.“

Diese gesetzliche Anordnung enthält zwei Kernelemente: „Von allen Stiftern“ bedeutet, dass sämtliche Stifter an der Änderung mitwirken müssen. Ist einer der Stifter verstorben, kann das Gestaltungsrecht von den verbleibenden Stiftern vorbehaltlich einer abweichenden Regelung in der Stiftungsurkunde nicht mehr ausgeübt werden. „Gemeinsam“ bedeutet Einstimmigkeit der Entscheidung.

Abweichungen von diesen beiden Elementen können gemäß gesetzlicher Anordnung nur in der Stiftungsurkunde vorgesehen werden. Eine abweichende Regelung in der Stiftungszusatzurkunde ist unbeachtlich.²⁹ Der Gesetzgeber verweist daher idZ ganz bewusst auf die Stiftungsurkunde und lässt Abweichungen von der Mitwirkung sämtlicher Stifter mit Einstimmigkeit der Entscheidungsfindung in der Stiftungszusatzurkunde nicht zu.³⁰ Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob die vom gesetzlichen Grundkonzept abweichende Festlegung in der Stiftungsurkunde (vollkommen) abschließend geregelt werden muss oder ob Bestimmbarkeit ausreicht.

Beispiel 4

Die Stifter behalten sich die Änderung der Stiftungserklärung in der Stiftungsurkunde vor. In der Stiftungszusatzurkunde ist vorgesehen, dass die Ausübung dieses Gestaltungsrechts durch die jeweils lebenden und geschäftsfähigen Stifter erfolgt.

Die Änderung der Stiftungserklärung wurde wirksam vorbehalten. Die Aufnahme der Abweichung vom gesetzlichen Grundkonzept des § 3 Abs 2 PSG in der Stiftungszusatzur-

kunde ist hingegen unwirksam. Diese Regelung hätte in die Stiftungsurkunde aufgenommen werden müssen. Es findet weiterhin die Bestimmung des § 3 Abs 2 PSG Anwendung. Verstirbt daher bspw ein Stifter, kann das Änderungsrecht von den übrigen Stiftern nicht (mehr) ausgeübt werden.

Beispiel 5

Die Stifter behalten sich die Änderung der Stiftungserklärung in der Stiftungsurkunde vor. Die Ausübung des Rechts richtet sich gemäß Stiftungsurkunde nach den Vermögenswidmungen der Stifter an die Privatstiftung.

Eine derartige Bestimmung ist problematisch. Aus ihr wird nicht mit ausreichender Deutlichkeit ersichtlich, ob die Stifter vom gesetzlichen Grundkonzept („von allen Stiftern“) abgegangen sind. Ebenso ist das generelle Abstellen auf Vermögenswidmungen unbestimmt, da es sich dabei um solche in der Stiftungsurkunde und/oder der Stiftungszusatzurkunde oder auch in Nachstiftungen handeln könnte. Dem Firmenbuchgericht ist es damit auch nicht möglich, eine ordnungsgemäße Prüfung vorzunehmen. ME ist die Regelung zu unbestimmt und damit als Abgehen vom gesetzlichen Grundkonzept nicht ausreichend.

Beispiel 6

Die Stifter behalten sich die Änderung der Stiftungserklärung in der Stiftungsurkunde vor. Weiters ist in der Stiftungsurkunde vorgesehen, dass die Stifter über eine Änderung der Stiftungserklärung mit einfacher Mehrheit aller Stimmen entscheiden und sich die Stimmgewichtung nach der Vermögenswidmung der Stifter gem Pkt X. der Stiftungsurkunde richtet.

Die Anordnung der Stiftungsurkunde ist ausreichend klar gefasst. Die Stifter haben sich die Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten. Sie entscheiden darüber mit einfacher Mehrheit der Stimmen. Die Stimmgewichtung richtet sich nach einer in der Stiftungsurkunde enthaltenen Bestimmung. Nicht geregelt wurde hingegen, dass das Gestaltungsrecht jeweils den lebenden Stiftern zukommt. Verstirbt ein Stifter, ist die Bestimmung mE dahin gehend zu lesen, dass die verbleibenden Stifter das Änderungsrecht nicht (mehr) ausüben können.

Beispiel 7

Die Stifter behalten sich die Änderung der Stiftungserklärung in der Stiftungsurkunde vor. Das Änderungsrecht kommt nach den Bestimmungen der Stiftungsurkunde den jeweils geschäftsfähigen lebenden Stiftern gemeinsam zu (allenfalls noch mit einem Zusatz: „wobei die Änderung dann, wenn mehrere Stifter leben und geschäftsfähig sind, einer Beschlussfassung der lebenden und geschäftsfähigen Stifter mit einfacher Mehrheit der Stimmen bedarf.“).

Eine derartige Anordnung ist nach einhelliger Ansicht zulässig. Sie wurde auch in der Firmenbuchpraxis und höchstgerichtlichen Judikatur noch nie beanstandet. Der Umstand, welche der Stifter leben und welche Stifter geschäftsfähig sind, lässt sich aber aus der Stiftungsurkunde nicht direkt, sondern nur durch andere Urkunden (etwa eine Sterbeurkunde oder die Bestellung eines Erwachsenenvertreters, allenfalls auch ein Gutachten eines gerichtlich zertifizierten Sachverständigen) ableiten. Aus diesem Beispiel zeigt sich, dass es ausreicht, wenn die Regelung in der Stiftungsurkunde ausreichend

²⁷ OGH 26.4.2018, 6 Ob 228/17y.

²⁸ Siehe auch Pkt IX.

²⁹ N. Arnold, PSG⁴, § 3 Rz 51.

³⁰ So auch OGH 29.8.2022, 6 Ob 100/22g, Rn 40.

bestimmbar ist, mögen zur Klärung, ob die Änderung auch wirksam vorgenommen wurde, auch weitere Umstände herangezogen werden müssen. Wird zur Berechnung der Stimmrechte keine abweichende Regelung getroffen, ist von einem Kopfstimmrecht auszugehen.

Beispiel 8

Die Stifter behalten sich die Änderung der Stiftungserklärung in der Stiftungsurkunde vor. Die Stiftungsurkunde regelt weiters, dass nur jene Stifter an der Ausübung des Gestaltungsrechts mitwirken, die am Leben und geschäftsfähig sind und die nicht aus dem Begünstigtenkreis gemäß Stiftungszusatzurkunde ausgeschieden sind (etwa infolge eines Ausschlusses).

In diesem Fall ist neben der Frage, ob Stifter am Leben und geschäftsfähig sind, auch zu klären, ob die Stifter dem Begünstigtenkreis angehören. Derartige Regelungen sind durchaus nicht unüblich. Werden Stifter als Begünstigte ausgeschlossen oder (etwa aufgrund entsprechender Ermächtigungen in der Stiftungszusatzurkunde) abgeschichtet bzw. ausgezahlt, ist auch nicht gewünscht, dass sie an der Ausübung von Gestaltungsrechten weiter mitwirken. Macht diese Bestimmung die Abweichung der Stiftungsurkunde von § 3 Abs 2 PSG aber deshalb schon zu unbestimmt oder gar unzulässig?

Wie bereits die Beispiele der Geschäftsfähigkeit und des Ablebens zeigen, können sehr wohl auch Qualifikationen außerhalb der Stiftungserklärung dafür ausschlaggebend sein, ob und welche Stifter an der Ausübung des Gestaltungsrechts mitwirken. ME ist daher auch die Bindung des Änderungsrechts an die Begünstigtenstellung wirksam.

Erst jüngst hatte sich der OGH in der E 6 Ob 100/22g mit der folgenden Bestimmung auseinanderzusetzen ():

„Die Stifter behalten sich die Änderung der Stiftungserklärung (nämlich der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde) vor. Ein allenfalls bestellter Sachwalter ist nicht berechtigt, die vorgesehenen Stifterrechte (zB Änderungs- und Widerrufsrecht) oder sonstige Rechte der Stifter auszuüben. Sollte für einen Stifter ein Sachwalter bestellt worden sein, gilt dieser im Sinne dieser Stiftungsurkunde als verstorben.

Die gegenständliche Stiftungsurkunde ist ebenso wie die Stiftungszusatzurkunde abänderbar. Insbesondere sind Regelungen in dieser Stiftungsurkunde sowie der Stiftungszusatzurkunde hinsichtlich Begünstigungen (zB die Begünstigtenquote) uneingeschränkt abänderbar.

Zu Lebzeiten der Stifter können die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde durch Beschluss der einfachen Mehrheit der Stimmen aller geschäftsfähigen Stifter oder [!] durch Beschluss der einfachen Mehrheit der Stimmen der verbleibenden geschäftsfähigen Stifter geändert werden, wobei für einen wirksamen Beschluss auf Änderung der Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde eine einfache Mehrheit der Stimmen der im Zeitpunkt der Beschlussfassung lebenden und geschäftsfähigen Stifter erforderlich ist. Zu Lebzeiten der [ersten und zweiten] Stifter[in] ... hat jeder Stifter eine Stimme. Nach dem Ableben oder der dauernden Geschäftsunfähigkeit der [ersten und zweiten] Stifter[in] ... richtet sich die Stimmgewichtung der verbleibenden Stifter nach der jeweiligen Begünstigtenquote entsprechend der Stiftungszusatzurkunde.

Ein Präsenzquorum bei Abstimmungen der Stifter besteht nicht.

Gegen die Stimmen ... [des ersten Stifters, der zweiten Stifterin und des dritten Stifters] kann eine wirksame Änderung der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde) und der Stiftungszusatzurkunde nicht erfolgen. Die Änderung gemäß dieser Bestimmung wirkt für und gegen alle Stifter und sonstigen Beteiligten. Sollten alle Stifter bis auf einen verbleibenden Stifter versterben, so ist dieser verbleibende Stifter gemeinsam mit dem Beirat berechtigt, die Stiftungsurkunde bzw. Stiftungszusatzurkunde abzuändern.³¹

Diese Regelung wurde im Jahr 2014 durch Änderung der Stiftungsurkunde eingefügt und die Änderung im Firmenbuch eingetragen. Zum besseren Verständnis muss hier aber vorausgeschickt werden, dass der vierte Stifter in einem vor dem LG Linz anhängigen Verfahren weiterhin die Aufhebung dieser Änderung der Stiftungsurkunde (und der Stiftungszusatzurkunde) begehrt. Dennoch wurde von der zweiten Stifterin und vom dritten Stifter unter Berufung auf diese Regelung im Jahr 2019 eine weitere Änderung der Stiftungsurkunde beschlossen und angemeldet. Das Erstgericht bewilligte die Eintragung dieser neuerlichen Änderung; das Rekursgericht hob sie auf. Der OGH hatte daher im Rahmen des Revisionsrekurses die Bestimmungen aus dem Jahr 2014 auf ihre Wirksamkeit als Vorfrage für die neuerliche Änderung der Stiftungserklärung aus 2019 zu beurteilen. Warum das Verfahren im Hinblick auf das anhängige Verfahren vor dem LG Linz nicht unterbrochen wurde, ist aus der Entscheidung nicht ersichtlich. Die nunmehr zu beurteilende neuerliche Änderung der Stiftungsurkunde (aus 2019) wurde von der zweiten Stifterin und vom dritten Stifter vorgenommen. Der erste Stifter sei geschäftsunfähig, der vierte Stifter bei der Abstimmung nicht erschienen. Nach der vor 2014 geltenden Regelung war die Änderung der Stiftungserklärung nur mit einfacher Mehrheit der im Zeitpunkt der Beschlussfassung lebenden Stifter möglich. Gegen die Stimme des ersten (nunmehr geschäftsunfähigen) Stifters konnte eine Änderung nicht erfolgen. Die Mitwirkung Geschäftsunfähiger an der Änderung der Stiftungserklärung war damals außerdem noch nicht ausgeschlossen.

Das Höchstgericht führt aus: „Regelungen über das Abweichen vom Einstimmigkeitsprinzip bei der Ausübung der den Stiftern zustehenden oder vorbehaltenen Rechten müssen bei sonstiger Unwirksamkeit gem § 3 Abs 2 PSG in deutlicher, zu keinem Zweifel Anlass gebender Weise in die Stiftungsurkunde aufgenommen werden.“³² Dem ist vollinhaltlich zuzustimmen.

Ebenso ist dem Höchstgericht zuzustimmen, dass die im konkreten Fall gewählte Formulierung problematisch ist.

Soweit das Höchstgericht aber in Übereinstimmung mit dem Rekursgericht davon ausgeht, dass sich auch die Stimmgewichtung abschließend (und vollständig) aus der Stiftungsurkunde ergeben müsse und sich dies aus § 9 Abs 2 Z 6 iVm § 10 Abs 2 PSG ergebe,³³ ist dies mE in dieser Allgemeinheit zu weitgehend.

Wie bereits gezeigt, ist aus der Stiftungsurkunde nicht ableitbar, ob ein Stifter verstorben und/oder geschäftsfähig

³¹ OGH 29.8.2022, 6 Ob 100/22g, Rn 6, wobei die Hervorhebungen hier von jenen des Höchstgerichts bewusst abweichen.

³² OGH 29.8.2022, 6 Ob 100/22g, Rn 46 Satz 1.

³³ OGH 29.8.2022, 6 Ob 100/22g, Rn 46 Satz 2 und Rn 47.

ist. Aus diesem Umstand ergeben sich aber ebenso Auswirkungen auf das Stimmgewicht. Kommt das Änderungsrecht bspw den jeweils lebenden Stiftern zu und ist vorgesehen, dass die Stifter über eine Änderung mit einfacher Mehrheit nach Kopfstimmen entscheiden, ändert sich das Stimmgewicht mit Ableben eines Stifters. Bei vier Stiftern müssten zu Lebzeiten dieser vier Stifter zuerst drei Stifter zustimmen, um eine einfache Mehrheit zu erreichen; bei drei Stiftern wären es zwei (von drei Stiftern) und bei zwei Stiftern (nach Ableben von zwei Stiftern) müssten sie einstimmig entscheiden. Der letzte Stifter wiederum könnte alleine entscheiden.

Wäre außerdem § 9 iVm § 10 Abs 2 PSG das schlagende Argument (und nicht § 3 Abs 2 PSG), würde dies bedeuten, dass sich auch Stimmgewichtungen bei Organbestellungen und Qualifikationserfordernisse abschließend und vollständig aus der Stiftungsurkunde ergeben müssten. Ebenso wäre etwa die Bindung der Änderung an die Zustimmung von Begünstigten, die nicht in der Stiftungsurkunde geregelt sind, nicht zulässig. Beides ist aber in der Judikatur als zulässig anerkannt.

Werden künftige Änderungen der Stiftungserklärung von der Zustimmung der dadurch in ihrer Rechtsposition beeinträchtigten Begünstigten abhängig gemacht, die sich wiederum aus der Stiftungszusatzurkunde ergeben, kann das Gericht die Anmeldenden im Eintragungsverfahren dazu aufordern, entsprechende Zustimmungserklärungen, Erklärungen über den Inhalt der Begünstigtenregelung oder die Stiftungszusatzurkunde vorzulegen.³⁴ Gegebenenfalls könne das Firmenbuchgericht die Eintragung auch von der Vorlage von Unterlagen bzw Zustimmungserklärungen abhängig machen und zur Prüfung der Wirksamkeit der Änderungserklärung weitere Aufträge (etwa zur Abgabe von Erklärungen über den Inhalt der Begünstigtenregelung in der Stiftungszusatzurkunde, aber auch zur Vorlage der Stiftungszusatzurkunde selbst) an die Anmeldenden erteilen. Sollte diesen nicht nachgekommen werden und das Firmenbuchgericht daher nicht in der Lage sein, die Notwendigkeit einer Zustimmung und damit der Wirksamkeit einer Änderungserklärung zu beurteilen, werde es die Eintragung der Änderung der Stiftungserklärung abzulehnen haben.

In der OGH-Entscheidung vom 18.2.2021, 6 Ob 24/21d,³⁵ war die Voraussetzung dafür, dass jemand zum Beiratsmitglied bestellt werden darf, dass er Begünstigter der konkreten Privatstiftung ist. Die Feststellung der Begünstigten erfolgt gemäß der dort zu beurteilenden Stiftungsurkunde durch den Stiftungsvorstand auf Vorschlag des Beirats. Das Höchstgericht weiter: „Dem Beirat wiederum dürfen nur Begünstigte angehören. Damit ist aber klargestellt, dass die klagenden Enkelkinder des Stifters so lange nicht als Begünstigte anzusehen sind, als ihre Mutter lebt. Dieses Ergebnis wird in der Stiftungszusatzurkunde unter Punkt 6. durch Beispiele gestützt, wonach die Begünstigtenstellung im Wesentlichen der gesetzlichen Erbfolge folgen soll. Daraus ergibt sich eindeutig, dass die gleichzeitige Begünstigtenstellung von in gerader Linie verwandten Personen ausgeschlossen sein soll.“³⁶

Zu Recht hat der OGH diese Gestaltung aber inhaltlich nicht kritisiert, sondern sich mit ihr auseinandergesetzt, obgleich die zulässige Beiratsbesetzung ohne Kenntnis der Begünstigtenstellung nicht überprüft werden kann. Das Argument kann hier nicht die Frage sein, ob es zu einer Firmenbucheintragung kommt oder nicht. Dem Beirat kommt im dort zu entscheidenden Fall (zumindest nach Ableben der Stifter) das Recht auf Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands zu. Wäre § 9 Abs 2 Z 4 iVm § 10 Abs 2 PSG das schlagende Argument, hätte der OGH wohl ausgesprochen, dass die Einschränkung, der Beirat dürfe nur mit Begünstigten besetzt werden, infolge Notwendigkeit der Einbeziehung der Stiftungszusatzurkunde in die Entscheidung unwirksam ist, es sich um eine unzulässige Einbeziehung von außerhalb der Stiftungsurkunde geregelten Aspekten handelt und die (dort) Enkelkinder gleichfalls Beiratsmitglieder werden können. Zu Recht hat das Höchstgericht dies aber nicht so entschieden.

Wesentlich ist vielmehr die Aussage des Höchstgerichts, dass Regelungen über das Abweichen bei sonstiger Unwirksamkeit in deutlicher, zu keinem Zweifel Anlass gebender Weise in die Stiftungsurkunde aufgenommen werden. Hier reicht aber mE – ebenso wie bei der Frage der Beiratsbesetzung – Bestimmbarkeit aus.³⁷

Nicht jeder Verweis auf Umstände außerhalb der Stiftungsurkunde ist aber unwirksam.³⁸

Das Problem lag im vom OGH zu entscheidenden Fall 6 Ob 100/22g mE in einem anderen Bereich: Dass die Stifter sich die Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten, geht ausreichend deutlich aus der Regelung der Stiftungsurkunde hervor. Die Regelung ist aber in sich selbst widersprüchlich. Dies beginnt schon bei der Frage der Geschäftsfähigkeit: Einerseits wird festgehalten, dass ein Sachwalter (nunmehr: Erwachsenenvertreter) nicht berechtigt ist, die Stifterrechte auszuüben. Gleichzeitig wird festgehalten, dass ein Stifter, für den ein Sachwalter bestellt ist, als verstorben gilt. In weiterer Folge wird aber wiederum sehr wohl auf die Geschäftsfähigkeit verwiesen. Dieser Widerspruch lässt sich allenfalls noch im Wege der Auslegung auflösen:

„Zu Lebzeiten der Stifter können die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde durch Beschluss der einfachen Mehrheit der Stimmen aller geschäftsfähigen Stifter oder (!) durch Beschluss der einfachen Mehrheit der Stimmen der verbleibenden geschäftsfähigen Stifter geändert werden, wobei für einen wirksamen Beschluss auf Änderung der Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde eine einfache Mehrheit der Stimmen der im Zeitpunkt der Beschlussfassung lebenden und geschäftsfähigen Stifter erforderlich ist.“

„Zu Lebzeiten der Stifter“ lässt offen, ob es sich um die Lebzeiten aller oder einzelner Stifter handelt. Erst aus den nachfolgenden Inhalten wird klar, dass „zu Lebzeiten eines oder mehrerer Stifter“ gemeint ist.

Aber: „Durch Beschluss der einfachen Mehrheit der Stimmen aller geschäftsfähigen Stifter oder (!) durch Beschluss der einfachen Mehrheit der Stimmen der verbleibenden geschäftsfähigen Stifter“ ist ein Widerspruch in sich selbst. Aus dieser Bestimmung ist nämlich nicht ableitbar, ob die einfache

³⁴ So ausdrücklich OLG Wien 31.8.2020, 6 R 140/20g, GesRZ 2020, 429 (Kubasta).

³⁵ GesRZ 2021, 408 (R. Briem).

³⁶ OGH 18.2.2021, 6 Ob 24/21d, Rn 10.

³⁷ Zusammenfassend OGH 29.8.2022, 6 Ob 100/22g, Rn 46 Satz 1.

³⁸ Insoweit mE zu allgemein OGH 29.8.2022, 6 Ob 100/22g, Rn 46 Satz 2 und Rn 47.

Mehrheit nunmehr von den Stimmen aller geschäftsfähigen Stifter oder der Stimmen der verbleibenden (also nicht verstorbenen) Stifter zu berechnen ist. Der Satz geht aber noch weiter: „wobei für einen wirksamen Beschluss auf Änderung der Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde eine einfache Mehrheit der Stimmen der im Zeitpunkt der Beschlussfassung lebenden und geschäftsfähigen Stifter erforderlich ist.“ In ein und demselben Satz wird daher dreimal von „einfacher Mehrheit“ gesprochen und dreimal eine unterschiedliche Anknüpfung oder zumindest unterschiedliche Formulierung gewählt.

„Gegen die Stimmen ... [des ersten Stifters, der zweiten Stifterin und des dritten Stifters] kann eine wirksame Änderung der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde) und der Stiftungszusatzurkunde nicht erfolgen“ bedeutet im Übrigen, dass die Stifter keineswegs mit einfacher Mehrheit entscheiden. Vielmehr besagt die Regelung, dass jedenfalls erster Stifter, zweite Stifterin und dritter Stifter für die Änderung stimmen müssen, widrigenfalls die Änderung nicht erfolgen soll. Eine Änderung mit einfacher Mehrheit ist daher gar nicht möglich, sofern nur einer von diesen drei Stiftern gegen die Änderung stimmt.

Das soll aber offenbar wieder dann nicht gelten, wenn nur mehr ein Stifter lebt: „Sollten alle Stifter bis auf einen verbleibenden Stifter versterben, so ist dieser verbleibende Stifter gemeinsam mit dem Beirat berechtigt, die Stiftungsurkunde bzw. Stiftungszusatzurkunde abzuändern.“

Da dem Beirat das Änderungsrecht niemals übertragen werden kann, ist hier offenbar entgegen dem Wortlaut keine gemeinsame Änderung gemeint, sondern eine Bindung des verbleibenden Stifters im Innenverhältnis.

Die Regelung, auf die der OGH wiederholt Bezug nimmt, lautet: „Nach dem Ableben oder der dauernden Geschäftsunfähigkeit der [ersten und zweiten] Stifter[in] ... richtet sich die Stimmgewichtung der verbleibenden Stifter nach der jeweiligen Begünstigtenquote entsprechend der Stiftungszusatzurkunde.“

Nach Ansicht des Höchstgerichts sei die Regelung über die Stimmgewichtung Bestandteil des Mehrheitsprinzips, zumal ansonsten ein festgelegtes Mehrheitsprinzip im Zweifel nur als Kopfmehrheit verstanden werden könne.³⁹ Weiters müssen Regelungen über das Abweichen vom Einstimmigkeitsprinzip bei der Ausübung der den Stiftern zustehenden oder verbleibenden Rechte nach Ansicht des Höchstgerichts in deutlicher, zu keinem Zweifel Anlass gebender Weise in die Stiftungsurkunde aufgenommen werden müssen.⁴⁰ Diese Klarheit fehlt im konkreten Fall.

Nach dem Ableben von erstem Stifter und zweiter Stifterin soll sich die Stimmgewichtung nach der Begünstigtenquote (gemäß Stiftungszusatzurkunde) richten. Gleichzeitig wird aber festgehalten: „Gegen die Stimmen ... [des ersten Stifters, der zweiten Stifterin und des dritten Stifters] kann eine wirksame Änderung der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde) und der Stiftungszusatzurkunde nicht erfolgen.“ Die Privatstiftung hat vier Stifter. Die Regelung über die Stimmgewichtung nach Begünstigtenquoten kommt erst nach dem Ableben von erstem Stifter und zweiter Stifterin zur Anwendung; es sind also nur mehr der dritte und der vierte Stifter vorhanden. Gegen die Stimme des dritten Stifters kann eine Änderung nicht be-

schlossen werden. Dies bedeutet, dass es eine einfache Mehrheit des vierten Stifters gegen den dritten Stifter zwar geben kann, dass diese aber nicht entscheidend ist. Entweder hat der dritte Stifter eine Mehrheit, dann kann man gleich sagen, dass nach dem Ableben von erstem Stifter und zweiter Stifterin der dritte Stifter (zu Lebzeiten und bei Geschäftsfähigkeit) alleine entscheidet. Eines Verweises auf eine Begünstigtenquote bedarf es nicht. Hat der vierte Stifter aber eine Mehrheit, kann er nicht gegen die Stimme des dritten Stifters entscheiden. Tatsächlich ist dann keine Änderung mit einfacher Mehrheit, sondern nur mit Einstimmigkeit möglich. Der Verweis auf eine Stimmgewichtung ist daher *per se* schon sinnwidrig und steht mit den konkreten Regelungen der Stiftungsurkunde in Widerspruch. Im Ergebnis ist dem Höchstgericht daher zuzustimmen. Die Allgemeinheit der Aussagen zur Stimmgewichtung ist mE aber in dieser Form nicht zutreffend und nur aus dem Einzelfall heraus erklärbar.

Da die zweite Stifterin offenbar noch lebt und geschäftsfähig ist, ging es im konkreten Fall der Änderung im Übrigen noch gar nicht um die Stimmgewichtung nach dem Ableben (bzw der Geschäftsunfähigkeit) von erstem Stifter und zweiter Stifterin. Das Höchstgericht zieht aber – soweit ersichtlich – die gesamte Bestimmung gemäß Änderungsbeschluss aus 2014 in Zweifel und nicht nur diesen einen Satz. Auch dies ist mE ein klares Zeichen dahin gehend, dass es dem Höchstgericht nicht nur um den einen Satz, sondern um die Widersprüchlichkeit der Regelung in sich geht. Ein unwirksamer Satz macht, sofern kein untrennbarer innerer Zusammenhang besteht, nicht notwendigerweise die gesamte Regelung unwirksam. Die Entscheidung, die offenbar auch die anhängige Klage gegenstandslos macht,⁴¹ ist daher mE vor diesem konkreten Hintergrund zu sehen. Im Ergebnis konnte die Änderung der Stiftungserklärung durch die zweite Stifterin und den dritten Stifter bei Geschäftsunfähigkeit des Erststifters und ohne Mitwirkung des Viertstifters daher nicht wirksam vorgenommen werden.

Eine Verallgemeinerung dahin gehend, dass Stimmrechte sich nicht nach Begünstigtenquoten richten dürfen, ergibt sich aus der OGH-Entscheidung mE nicht. In der Praxis wird die Stimmgewichtung bei der Wahl von Beiratsmitgliedern (manchmal auch der Beiratsmitglieder selbst) sogar relativ häufig an die Begünstigtenquote gebunden. Anders wäre eine generationsübergreifende Lösung (insb bei Vorliegen mehrerer Stämme mit Ungewissheit der Zahl der jeweiligen Nachkommen) gar nicht möglich. Der wesentliche Unterschied bei Bestellungsregelungen und der Stimmgewichtung von Organmitgliedern besteht aber darin, dass es für diese Bestellung keine mit § 3 Abs 2 PSG vergleichbare Regelung gibt. Das Beispiel zeigt aber, dass gerade bei der Formulierung von Gestaltungsrechten besondere Vorsicht geboten ist. ISd Entscheidung des OLG Wien vom 31.8.2020, 6 R 140/20g, verlangen Firmenbuchgerichte in der Praxis immer wieder Nachweise von Umständen, die außerhalb der Stiftungsurkunde liegen (etwa die wirksame Bestellung des Beirats, seine Zusammensetzung etc).

Auch Schiedsklauseln können in die Stiftungszusatzurkunde aufgenommen werden.⁴²

³⁹ OGH 29.8.2022, 6 Ob 100/22g, Rn 41.

⁴⁰ OGH 29.8.2022, 6 Ob 100/22g, Rn 46.

⁴¹ Fragen der Bindungswirkung und Parteistellung wurden hier nicht geprüft.

⁴² OGH 14.4.2021, 18 OCg 1/21b.

Haben Stifter eine Bestimmung irrig in die Stiftungszusatzurkunde aufgenommen, bedarf sie aber zu ihrer Wirksamkeit der Aufnahme in die Stiftungsurkunde, kann zwischen den Stiftern eine Treuepflicht bestehen, die sie zur entsprechenden Änderung der Stiftungserklärung verpflichtet.⁴³

VIII. Auslegung der Stiftungszusatzurkunde

Zur Frage der Auslegung der Stiftungszusatzurkunde sind die Gesetzesmaterialien widersprüchlich. So verweisen sie einerseits auf die Satzungen von Kapitalgesellschaften, dies mit dem Hinweis auf das Erfordernis der Rechtssicherheit, andererseits enthalten sie aber auch den ausdrücklichen Hinweis, dass ein nicht in der Stiftungserklärung geäußertes Wille des Stifters bei der Auslegung herangezogen werden kann.⁴⁴

Es entspricht stRspr, dass im organisationsrechtlichen Teil, insb dort, wo infolge Außenwirkung Interessen Dritter betroffen sind, einer am Wortlaut orientierten Auslegung der Vorrang einzuräumen ist.⁴⁵ Derartige Bestimmungen sind daher nicht nach § 914 ABGB, sondern wie generelle Normen nach §§ 6 und 7 ABGB objektiv auszulegen.⁴⁶ Die für die Satzung juristischer Personen entwickelten Auslegungskriterien sind heranzuziehen.⁴⁷ Die Auslegung hat entsprechend der E 6 Ob 24/21d daher nach dem Wortlaut und Zweck, aber unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs, wobei es primär nicht auf den Willen des Stifters, sondern auf den einer objektiven Auslegung zugänglichen Wortlaut ankommt, zu erfolgen. Regelungen, die objektiv auszulegen sind, sind aber nicht auf die Stiftungsurkunde beschränkt.⁴⁸ Nach dieser OGH-Entscheidung gehöre eine Begünstigtenregelung zu jenem Bereich der Stiftungserklärung, der nach rein objektiven Kriterien auszulegen ist. Diese OGH-Entscheidung stellt allerdings insoweit eine Besonderheit dar, als die Begünstigtenstellung im konkreten Fall unmittelbar Auswirkungen auf die Beiratsbesetzung hatte. Bestimmungen über Zuwendungen an Begünstigte werden nach hA nicht dem korporativen Teil zugerechnet.⁴⁹ Das Ergebnis der Auslegung hängt aber wesentlich stärker von der Formulierung als von der Zuordnung, ob es sich um einen organisationsrechtlichen oder vermögensrechtlichen Teil handelt, ab.⁵⁰

IX. Absichtserklärungen bzw Letters of Wishes und sonstige Nebenvereinbarungen

Absichtserklärungen von Stiftern vermögen es nicht, die Stiftungserklärung zu ändern.⁵¹ Der Stiftungsvorstand ist an sie daher grundsätzlich auch nicht gebunden.⁵² Mitunter wird daher auch die Ansicht vertreten, Absichtserklärungen von Stiftern und *letters of wishes* seien bei der Auslegung der Stif-

tungserklärung unbeachtlich.⁵³ Je nach Gestaltung der Stiftungserklärung kann einer Absichtserklärung oder einem *letter of wishes* mE bei der Auslegung sehr wohl Bedeutung zukommen.⁵⁴ Mitunter können sich auch aus Absichtserklärungen Treuepflichten zwischen Stiftern ergeben, sofern sie der Stiftungserklärung bzw der Zielsetzung der Privatstiftung selbst nicht widersprechen.⁵⁵ Eine gemeinsam errichtete Absichtserklärung kann mit einem Syndikatsvertrag vergleichbar sein.⁵⁶

Billigt man von Stiftern gemeinsam errichteten Absichtserklärungen eine ähnliche Wirkung wie einem Syndikatsvertrag zu, so muss es umso mehr möglich sein, dass Stifter sich außerhalb der Stiftungserklärung im (stiftungs)rechtlich zulässigen Rahmen syndikatsvertraglich binden. Denkbar wäre dies bspw bei der Ausübung von Gestaltungsrechten (etwa unter welchen Voraussetzungen eine Änderung der Stiftungsurkunde vorzunehmen ist oder wann sie gerade nicht erfolgen soll). Ebenso könnten bei Organbesetzungen dann, wenn es dadurch zu keinen Unvereinbarkeiten oder sonstigen Umgehungen kommt, Vereinbarungen zwischen den Bestellungsberechtigten (etwa Familienstämmen) getroffen werden.

Die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten liegen im Stiftungsrecht. Eine Übertragung der Begünstigtenstellung ist daher bspw dann nicht möglich, wenn das in der Stiftungserklärung nicht vorgesehen ist. Die Privatstiftung selbst ist auch an Vereinbarungen zwischen den Stiftern nicht gebunden.

Mag es sich bei der Stiftungserklärung auch um eine einseitige Willenserklärung handeln, schließt dies mE nicht aus, dass sich in der Stiftungserklärung zweiseitig verbindliche Vereinbarungen finden. Zu denken ist bspw an eine Regelung in der Stiftungszusatzurkunde, mit der die Stifter vereinbaren, dass sie die Begünstigtenregelung nicht ändern. Haben sich zwei Stifter (A und B) die Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten und kommt dem überlebenden Stifter gegebenenfalls das alleinige Änderungsrecht zu, könnte sich aus einer derartigen Vereinbarung auch eine Schutzwirkung zugunsten Dritter, nämlich der Begünstigten, deren Begünstigtenstellung gerade nicht geändert werden soll, ergeben.

X. Offenlegungspflichten

Die Stiftungszusatzurkunde und die Änderungen derselben werden grundsätzlich nicht zum Firmenbuch eingereicht und daher auch nicht in die Urkundensammlung aufgenommen. Das Firmenbuchgericht kann im Rahmen seiner materiellen Prüfpflicht aber Einsicht in die Stiftungszusatzurkunde verlangen.⁵⁷ Wird die Stiftungszusatzurkunde vorgelegt, ist sie auch zu prüfen.⁵⁸

⁴³ OGH 9.3.2006, 6 Ob 166/05p.

⁴⁴ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 24.

⁴⁵ OLG Wien 28.4.2011, 28 R 307/10p, GesRZ 2012, 144.

⁴⁶ ZB OGH 14.4.2021, 18 OCg 1/21b.

⁴⁷ OGH 6.6.2001, 6 Ob 116/01d.

⁴⁸ OGH 18.2.2021, 6 Ob 24/21d, Rn 15, nennt ausdrücklich „Stiftungszusatzurkunden“.

⁴⁹ *Zentrum für Stiftungsrecht*, Resumé-Protokoll des Workshops „Gestaltungsgrenzen von Stiftungsurkunden der Privatstiftung“, GesRZ 2011, 356 (359).

⁵⁰ Weiterführend N. Arnold, PSG⁴, § 9 Rz 32a.

⁵¹ N. Arnold, PSG⁴, § 9 Rz 33.

⁵² *Kalss/K. Müller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) § 25 Rz 18.

⁵³ *Karollus*, Gedanken zur Haftung des Stiftungsvorstands, insbesondere im Zusammenhang mit unternehmerischen Ermessensentscheidungen und mit der Schutzpflicht des Stiftungsvorstands für die Stiftungs-Governance, in FS Reischauer (2010) 209 (226 f); *Kodek*, Zur Vertretung der Privatstiftung – zwei Entscheidungen aus Österreich und Liechtenstein, PSR 2019, 56 (64).

⁵⁴ N. Arnold, PSG⁴, § 9 Rz 33; *Zentrum für Stiftungsrecht*, GesRZ 2011, 359; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 7/45.

⁵⁵ OGH 11.5.2011, 7 Ob 5/11b.

⁵⁶ *Karollus/Lukas*, Zur Durchsetzung der Rechte eines Mitstifters aus einer „Absichtserklärung“ der Stifter, ZfS 2009, 4 (16).

⁵⁷ OLG Wien 31.8.2020, 6 R 140/20g.

⁵⁸ OGH 29.6.2015, 6 Ob 95/15m.

Offenlegungspflichten bestehen ua gegenüber dem Gründungsprüfer und allen Stiftungsorganen. Begünstigten kommt ein Einsichtsrecht zu (§ 30 PSG). Auch im Rahmen einer Sonderprüfung (§ 31 PSG) ist die Stiftungszusatzurkunde offenzulegen.

Aus zahlreichen abgabenrechtlichen Bestimmungen (insb § 13 Abs 6 KStG; § 2 Abs 1 lit b StiftEG) ergeben sich entweder Offenlegungspflichten oder abgabenrechtlich nachteilige Folgen bei Fehlen einer Offenlegung. Meldepflichten nach § 5 PSG bzw im Rahmen des WiEReG erfordern grundsätzlich keine (vollständige) Offenlegung der Stiftungszusatzurkunde. Dennoch wird von Banken oder anderen zur Vornahme entsprechender Prüfungen verpflichteten Personen häufig auf einer Vorlage der Stiftungszusatzurkunde (oder wesentlicher Auszüge derselben) bestanden. Rein praktisch ist das Anliegen des Gesetzgebers, Begünstigte vor der Öffentlichkeit zu schützen, innerhalb der EU weitestgehend ausgehöhlt. Mit der Prävention von Geldwäsche oder Terrorisfinanzierung haben diese Tendenzen freilich wenig zu tun und sind unter dem Blickwinkel des Persönlichkeitsschutzes kritisch zu sehen.

XI. Schlussbemerkung

Wie dargelegt, ist die Stiftungszusatzurkunde keine Nebenvereinbarung, kann aber bei Stiftermehrheit vertragliche Elemente enthalten.⁵⁹ Als Teil der Stiftungserklärung ist sie auch nicht mit einem *side letter* vergleichbar.

Grundsätzlich gibt es nur eine Stiftungszusatzurkunde. Wurden dennoch mehrere Stiftungszusatzurkunden errichtet, ist der Inhalt der Stiftungszusatzurkunde unter Beachtung und nach Prüfung der Zulässigkeit (auch unter Einbeziehung der Frage, ob ein Änderungsvorbehalt besteht) interpretativ zu ermitteln. Die Eintragung des Umstands der Änderung der Stiftungszusatzurkunde in das Firmenbuch wirkt konstitutiv. Es sollte daher auch jeweils geprüft werden, ob die Stiftungszusatzurkunde zum Firmenbuch eingereicht wurde.

Einzelheiten der Abgrenzung zwischen Nachstiftung, Widmungserklärung und Stiftungszusatzurkunde sowie des Verhältnisses von Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde, teilweise auch der Auslegung der Stiftungszusatzurkunde sind von der Judikatur noch nicht abschließend geklärt.

Dennoch hat die Stiftungszusatzurkunde auch weiterhin ihre Berechtigung. Gerade bei einem eigentümerlosen Rechtsträger wie der Privatstiftung besteht ein berechtigtes Interesse der Begünstigten und Letztbegünstigten ebenso wie der Privatstiftung selbst, dass zumindest Details der Regelungen (insb über Art und Höhe von Zuwendungen bzw Voraussetzungen derselben, Regelungen zur Vermögensveranlagung bzw Gebarung der Privatstiftung oder auch Vergütungsregelungen sowie weitere Regelungsinhalte, die zulässigerweise in die Stiftungszusatzurkunde aufgenommen werden können) nicht generell öffentlich einsehbar sind.

⁵⁹ Siehe Pkt IX.

Schriftliche Einbringungen im Zivilverfahren und Verwaltungsverfahren





Alle Regelungen im Überblick

**Praxishandbuch
Einbringung von Schriftsätzen**
REICHT

2023
376 Seiten, kart.
978-3-7073-4705-0

€ 79,-

digital
erhältlich



**Jetzt
bestellen**

Steuern.
Wirtschaft.
Recht.
Am Punkt.

Versandkostenfrei bestellen
www.lindeverlag.at

Mit dem
Jahresabo
immer
up to date!

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Nikolaus Arnold | Susanne Kalss

Linde
www.lindeverlag.at

Jetzt Abo 2023 bestellen!

Gesellschafts- und Unternehmensrecht am Puls der Zeit

Der praktische Fall

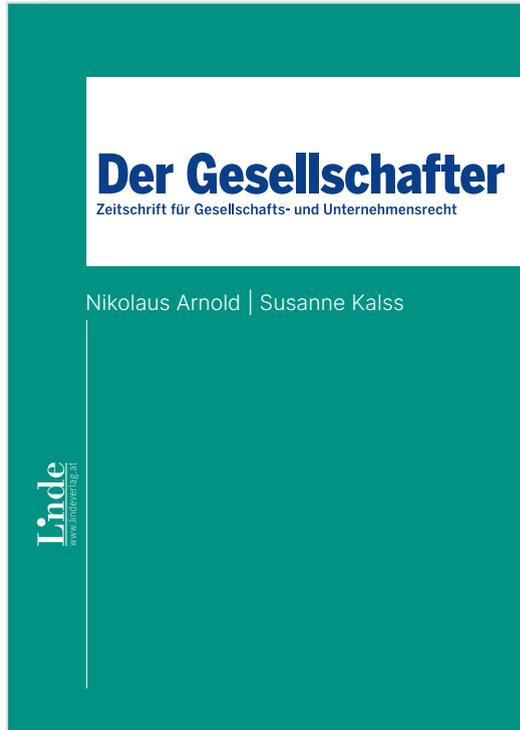
Diskussion am Puls der Zeit

Für die Praxis

Fundierte Fachinformation, kritischer Diskurs

Rechtsprechung

Judikatur des OGH, EuGH und OLG aus erster Hand



GesRZ – Jahresabonnement 2023

Bestellen unter:

- www.lindeverlag.at/gesrz
- fachzeitschriften@lindeverlag.at



Print & Digital: **€ 258,-**
Preisänderung und Irrtum vorbehalten.
(Preis inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Weitere Informationen zur Zeitschrift
und alle Abo-Varianten finden Sie unter
www.lindeverlag.at/gesrz