

52. Jahrgang / Februar 2023 / Nr. 1

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Melanie Hollaus

Die Verwaltungsorgane von AGs im Rechtsvergleich

Philipp Kapl

Die Haftung überstimmter Vorstandsmitglieder

Eva Baumgartner

Zur Auslegung von Stiftungserklärungen

Sebastian Pribas

Befangenheit in vereinsinternen Schlichtungsverfahren

Matthias Formann

Tagungsbericht zum 3. Österreichischen Vereinsrechtstag

Der praktische Fall:

Falsche steuerliche Einschätzung und Gestaltung in Stiftungen

Bericht aus der Praxis:

Fallende Wechselkure bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen

Aus der aktuellen Rechtsprechung

OGH-Entscheidungen zum Gesellschaftsrecht,
zu Genossenschaften und Privatstiftungen

Unternehmensrecht aktuell

Wichtige Gesetzesvorhaben im Überblick
Österreichische und europäische Finanzmarktaufsicht

Zerschlagung des Teilbetriebs voraus und führt damit meist sogar zu einem geringeren Wert als eine Fortführung funktionierender zusammenhängender Vermögensbestandteile.

5. Ob eine Benachteiligungsabsicht, für die bedingter Vorsatz ausreicht (Rn 34 der vorliegenden Entscheidung), gegeben war, wird im fortgesetzten Verfahren zu klären sein.

Nikolaus Arnold

Dr. Nikolaus Arnold ist Rechtsanwalt in Wien.

Privatstiftung

Unzulässigkeit einer „Wandlungsklausel“ (Zustimmungs- bzw Anhörungsrecht) bei aufsichtsratsähnlichem Beirat in einer Privatstiftung

§§ 9, 10, 14 und 23 PSG
§ 15 FBG

1. Die einen (zumindest) aufsichtsratsähnlichen Beirat betreffende Klausel „Wenn und solange das Zustimmungrecht des Beirats im Hinblick auf dessen Besetzung gegen zwingende Bestimmungen des PSG und/oder deren Auslegung durch den OGH verstoßen sollte, ändert sich das Zustimmungrecht des Beirats in ein Anhörungs- und Empfehlungsrecht.“ ist unzulässig.
2. Aufgrund der sich aus dieser Klausel ergebenden Unklarheit fehlt es an der erforderlichen (klaren) „groben Umschreibung der Kompetenzen“ des Beirats, der daher nicht wirksam als Organ iSv § 9 Abs 2 Z 4 PSG „eingerrichtet“ ist.
3. Andernfalls wäre durch die vage, in ihrer Bedeutung „offene“ Formulierung die Prüfung der Zulässigkeit von Bestimmungen der Stiftungserklärung dem Firmenbuchgericht, dessen wesentliche Kernaufgabe dies aber ist, tatsächlich entzogen und sie würde in unzulässiger Weise auf den Rechtsanwender (vor allem den Vorstand) verlagert.
4. Offen bleibt, ob der Beirat nicht nur aufsichtsratsähnlich, sondern auch vorstandsähnlich ist.

OGH 18.11.2022, 6 Ob 174/22i (OLG Innsbruck 3 R 42/22h; LG Feldkirch 12 Fr 27/22f)

[1] Die J. Privatstiftung ist seit 20.1.2004 im Firmenbuch ... eingetragen. Der Stiftungszweck ist Vermögensverwaltung.

[2] Mit zwei Notariatsakten vom 21.12.2021 wurden die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde von der dazu seit dem Ableben des Erststifters berechtigten Zweitstifterin durchgreifend geändert und gänzlich neu gefasst.

Die neugefasste Stiftungsurkunde, deren Eintragung begehrt wird, lautet auszugsweise:

„VI. Begünstigte

1. Nachdem der Erststifter ... verstorben ist, ist Erstbegünstigte nunmehr die Zweitstifterin ... Sie bestimmt selbst nach Maßgabe der Regelungen in der Stiftungszusatzurkunde über die Art und das Ausmaß der Zuwendungen an sie.

...

VIII. Organe der Stiftung

1. Organe der Stiftung sind:

- a) der Stiftungsvorstand
- b) der Beirat und
- c) der Stiftungsprüfer

...

IX. Zusammensetzung des Stiftungsvorstands

...

2. a) Die Bestellung der Stiftungsvorstandsmitglieder erfolgt durch Beschluss des Beirats. Der Beirat ist jedoch auf Grundlage eines entsprechenden Beiratsbeschlusses auch berechtigt, die Bestellung von Stiftungsvorstandsmitgliedern durch das Gericht gemäß § 27 Abs 1 PSG zu beantragen.

...

e) Vor Ablauf der Funktionsperiode kann ein Mitglied des Stiftungsvorstands nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Diese Abberufung obliegt – unbeschadet der Bestimmungen des nachfolgenden Absatzes lit g) – dem Beirat. Für die Abberufung ist eine Mehrheit von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich; hat der Beirat weniger als vier Mitglieder, so ist Stimmeneinhelligkeit erforderlich (§ 14 Abs 3 PSG).

f) Soll in einem solchen Fall der Stiftungsvorstand oder eines seiner Mitglieder aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG angeführten Gründen abberufen werden, so darf Begünstigten, deren Angehörigen (§ 15 Abs 2 PSG) und Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Organ gemäß § 14 Abs 2 PSG beauftragt wurden, bei dieser Entscheidung insgesamt nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen (§ 14 Abs 4 PSG); käme diesen bei einer diesbezüglichen Abstimmung die Mehrheit der Stimmen zu, wird ihr Stimmrecht – auch wenn es dabei zu Bruchteilen von Stimmen kommt – dahin gehend gekürzt, dass sie zusammen lediglich über die Hälfte der Stimmen verfügen, wobei die Kürzung anteilig erfolgt; nehmen an der Abstimmung Beiratsmitglieder des genannten Personenkreises teil, denen mehr als 50 % der Stimmen zustehen, darf eine Abberufung nur aus den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen erfolgen.

...

5. Stiftungsvorstandsmitglieder werden auf die Dauer von drei Jahren bestellt. ... Stiftungsvorstandsmitglieder können nur insoweit auf eine kürzere als auf eine dreijährige Dauer bestellt werden, als dies nach Maßgabe des Gesetzes und der oberstergerichtlichen Auslegung der diesbezüglichen Bestimmungen zulässig ist.

...

XI. Verwaltung

...

2. Der Beirat ist jederzeit berechtigt, eine Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand zu erlassen, die Verteilung der Geschäfte im Stiftungsvorstand vorzunehmen und über Änderungen der Geschäftsordnung zu entscheiden.

...

XII. Bericht an den Beirat

1. Der Stiftungsvorstand hat dem Beirat jährlich über die Verwaltung und über die Lage der Stiftung und der einzelnen Rechenkreise sowie dem Vorsitzenden des Beirats bei wichtigem Anlass mündlich oder schriftlich zu berichten. Der Bericht hat den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen.

2. Spätestens innerhalb Monatsfrist vor Ende eines jeden Geschäftsjahres ist dem Beirat der Jahresvoranschlag für das kommende Geschäftsjahr zu Händen des Vorsitzenden des Beirats vorzulegen.

...

XIV. Zustimmungspflichtige Rechtshandlungen

Der Stiftungsvorstand bedarf zu bestimmten Rechtshandlungen der Zustimmung durch den Beirat; diese Beschränkung gilt jedoch nach den gesetzlichen Vorschriften nur im Innenverhältnis. Diesbezüglich wird auf die näheren Bestimmungen des 4. Abschnitts der Stiftungsurkunde verwiesen.

XV. Entlohnung des Stiftungsvorstands

1. Der Stiftungsvorstand hat Anspruch auf angemessene Vergütung im Sinne des PSG. Die Höhe der Vergütung soll sich nach dem Ausmaß der zeitlichen Beanspruchung und der Verantwortung richten und wird entsprechend diesen Grundsätzen vom Beirat bestimmt.

2. Die Höhe der geltend gemachten Ansprüche ist vom Stiftungsprüfer zu prüfen, der hierzu eine Stellungnahme abzugeben hat. Der Stiftungsvorstand ist erst nach Erhalt der zustimmenden Stellungnahme durch den Stiftungsprüfer ermächtigt, die Vergütung dem jeweiligen Vorstandsmitglied auszubezahlen.

...

Vierter Abschnitt

Beirat

...

XXIV. Zuständigkeit

1. Der Beirat entscheidet über folgende Angelegenheiten:

- a) Bestellung oder Antrag für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern sowie Abberufung oder Antrag für die Abberufung von Vorstandsmitgliedern aus wichtigem Grund (Punkt IX. Absatz 2 der Stiftungsurkunde);
- b) Vorschlag für die Bestellung des Stiftungsprüfers;
- c) Genehmigung des Jahresabschlusses samt Anhang und Lagebericht sowie des Prüfungsberichts;
- d) Zustimmung zu folgenden Beschlüssen und Rechtshandlungen des Stiftungsvorstands;
 - aa) Bestellung von Begünstigten, soweit der Stiftungsvorstand hierfür zuständig ist (Punkt VI. Absatz 3 der Stiftungsurkunde);
 - bb) Vorschlag für bzw Zustimmung zu Zuwendungen an Begünstigte, soweit solche Entscheidungen nach Maßgabe der Bestimmungen der Stiftungserklärung in die Kompetenz des Beirats fallen;
 - cc) Erwerb von Unternehmensbeteiligungen sowie von Liegenschaften und liegenschaftsähnlichen Rechten (Baurechte und Superädifikate);
 - dd) Veräußerung und Belastung von Unternehmensbeteiligungen sowie von Liegenschaften und liegenschaftsähnlichen Rechten (Baurechte und Superädifikate);
 - ee) Gewährung oder Aufnahme von Krediten und Darlehen aller Art;
 - ff) Übernahme von Haftungen und Belastungen des Stiftungsvermögens;
 - gg) Auflösung der Privatstiftung und Verteilung des Vermögens;
 - hh) Investitionen (einschließlich Miete und Leasing) außerhalb der Betragsgrenzen des jährlichen Voranschlags;
 - ii) jährlicher Voranschlag, welcher auch die Betragsgrenzen gemäß hh) festzusetzen hat;
 - jj) Erteilung von Handlungsvollmachten;
 - kk) Abschluss und wesentliche Änderung von Verträgen, die über den Umfang des laufenden Geschäftsbetriebes hinausgehen und für die Privatstiftung von grundsätzlicher Bedeutung sind;
 - ll) Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik;
 - mm) Ausübung der Gesellschafterrechte in Gesellschaften, an denen die Stiftung mit mehr als 1 % beteiligt ist; wird die betreffende Entscheidung vom Beirat nicht rechtzeitig getroffen, so ist der Stiftungsvorstand in der Ausübung dieser Gesellschafterrechte frei, wobei der Stiftungsvorstand den Beirat von solchen Angelegenheiten jeweils unverzüglich zu informieren hat.

...

3. Weiters steht dem Beirat das Kontrollrecht zu. Zu diesem Zwecke hat der Beirat volles Einsichts- und Informationsrecht.

4. Wenn und solange das Zustimmungsrecht des Beirats im Hinblick auf dessen Besetzung gegen zwingende Bestimmungen des PSG und/oder deren Auslegung durch den OGH verstoßen sollte, ändert sich das Zustimmungsrecht des Beirats in ein Anhörungs- und Empfehlungsrecht.

...

Fünfter Abschnitt

Stiftungsprüfer

XXVI. Bestellung

...

2. Der Stiftungsprüfer wird vom Gericht über Vorschlag des Beirats bestellt. Die Bestellung erfolgt jeweils auf die Dauer von längstens fünf Jahren.

...

XXIX. Jahresabschluss

1. Der Stiftungsvorstand hat in den ersten fünf Monaten des Geschäftsjahres für das vergangene Geschäftsjahr den Jahresabschluss samt Anhang sowie einen Lagebericht zu erstellen und dem Stiftungsprüfer und dem Beirat vorzulegen.

...

3. Der Beirat hat den Jahresabschluss samt Anhang und Lagebericht sowie den Prüfungsbericht binnen einem Monat nach Vorlage des Prüfungsberichts zu überprüfen und über die Genehmigung zu entscheiden.

4. Genehmigt der Beirat den Jahresabschluss nicht oder bestehen Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Stiftungsprüfer und anderen Stiftungsorganen gemäß § 21 Abs 4 PSG, so hat das Gericht auf Antrag eines Stiftungsorgans zu entscheiden. ...“

► [3] Das Erstgericht wies (nach zwei erfolglosen Verbesserungsaufträgen) das Eintragungsgesuch ab. Es qualifizierte den Beirat aufgrund der ihm (in der Neufassung) zugewiesenen Kompetenzen als aufsichtsratsähnlich, wendete die gesetzlichen Unvereinbarkeitsbestimmungen über den Aufsichtsrat analog an und gelangte zum Ergebnis, die Besetzung des Beirats ausschließlich mit einer Begünstigten (in der Person der Zweitstifterin) stehe der Eintragung der Neufassung entgegen.

► [4] ... Dem Rekurs der Stiftung gab ... [das Rekursgericht] nicht Folge, weil es den Beirat nach der neu gefassten Stiftungsurkunde insgesamt nicht nur als aufsichtsrats-, sondern sogar als vorstandsähnlich einstufte. Es pflichtete dem Erstgericht darin bei, dass der Eintragung der Neufassung wegen der Besetzung des Beirats allein mit der einzigen Begünstigten die analog anzuwendende Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG entgegenstehe. Mit der in der Stiftungsurkunde formulierten Regelung zur Wandlung des grundsätzlich eingeräumten Zustimmungsrechts in ein Anhörungsrecht würden die amtswegige Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts „ausgehebelt“ und die Handlungsfähigkeit des Stiftungsvorstands, der hinsichtlich der aufgelisteten Rechtshandlung vorab zu überlegen hätte, ob nun eine Zustimmung erforderlich sei oder eine bloße Anhörung genüge, stark beeinträchtigt.

► Der OGH gab dem Revisionsrekurs der Stiftung nicht Folge.

Aus der Begründung des OGH:

...

[6] 1.1. Der Vorstand einer Privatstiftung darf nicht „zu einem bloßen Vollzugsorgan“ degradiert werden (6 Ob 49/07k; 6 Ob 50/07g, jeweils Pkt 3. f; 6 Ob 42/09h, Pkt 3.2.; 6 Ob 139/13d, Pkt 4.6.; N. Arnold, PSG⁴ [2022] § 14 Rz 37 mwN). Eine solche Degradierung ist stets unzulässig, auch wenn sie durch Nichtbegünstigte erfolgt (6 Ob 230/13m).

[7] 1.2. Dagegen darf der Beirat (grundsätzlich) aufsichtsratsähnlich eingerichtet werden (siehe 6 Ob 103/14m, Pkt 3.; 6 Ob 105/14f, Pkt 1.). Maßnahmen, die im Wesentlichen denen nach § 95 Abs 5 Z 1, 2, 4 bis 6 AktG entsprechen (vgl § 25 Abs 1 PSG), dürfen also an seine Zustimmung geknüpft werden. Allerdings ist dann nach gefestigter Rspr die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG analog anzuwenden (siehe 6 Ob 42/09h, Pkt 3.; 6 Ob 139/13d, Pkt 4.1.; weiters RIS-Justiz RS0107655 [T2]).

[8] 1.3. Anhörungsrechte sind im Allgemeinen nicht zu beanstanden und zulässig. In der Einräumung eines Anhörungsrechts eines anderen Organs oder einer anderen Stelle liegt nämlich regelmäßig keine unzulässige Übertragung der Kompetenz an dieses Organ (6 Ob 37/17k, Pkt 4.3.).

[9] 2.1. Zentrale Stelle in der Argumentation des Revisionsrekurses nimmt Pkt XXIV. Z 4 der Stiftungsurkunde ein („Wenn und solange das Zustimmungsrecht des Beirats im Hinblick auf dessen Besetzung gegen zwingende Bestimmungen des PSG und/oder deren Auslegung durch den OGH verstoßen sollte, ändert sich das Zustimmungsrecht des Beirats in ein Anhörungs- und Empfehlungsrecht“; im Weiteren kurz als „Wandlungsklausel“ bezeichnet).

[10] 2.2. Vorausgeschickt sei den folgenden Erwägungen (die sich mit der Frage der Zulässigkeit der vorgesehenen „Umwandlung“ von Zustimmungs- in Anhörungsrechte befassen), dass im Revisionsrekurs anlässlich der – als für den Standpunkt der Stiftung sprechend – zitierten Entscheidungen 6 Ob 37/17k und 6 Ob 36/17p Fälle zu beurteilen waren, in

denen der dem Beirat zugewiesene Maßnahmenkatalog vom Fachsenat geprüft und (bei Zustimmungspflicht) als (bloß) aufsichtsratsähnlich (und nicht als vorstandsähnlich) beurteilt worden war.

[11] Dass der Kompetenzkatalog nach Pkt XXIV. Z 1 lit d im Falle der Zustimmungspflicht des Beirats zu den dort aufgezählten Maßnahmen den Beirat „aufsichtsratsähnlich“ ausgestaltet und dann die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG analog anzuwenden ist, zieht der Revisionsrekurs nicht in Zweifel. Er argumentiert vielmehr, es liege der im vorliegenden Fall zu beurteilenden Formulierung, vergleichbar jener in der E 6 Ob 37/17k, ein „bewegliches System“ zugrunde, nach dem der Stiftungsvorstand zu beurteilen habe, ob ein Zustimmungsrecht des Beirats im Hinblick auf Besetzung und unter Berücksichtigung der Gesetzeslage und Rspr zulässig sei oder nicht. Verneinendenfalls habe der Beirat lediglich ein Anhörungs- bzw Empfehlungsrecht. Diese Konstellation habe der OGH als zulässig beurteilt. Ein bloßes Anhörungsrecht zu den in der Satzung in Pkt XXIV. Z 1 lit d aufgezählten Maßnahmen reiche in Gesamtbetrachtung mit den ihm jedenfalls eingeräumten Kontrollrechten und Kompetenzen nicht aus, um eine Aufsichtsratsähnlichkeit des Beirats anzunehmen.

[12] 2.3. Damit übergeht der Revisionsrekurs folgende – augenfälligen – Unterschiede zu der in den Entscheidungen 6 Ob 36/17p und 6 Ob 37/17k gewählten Textierung:

[13] Zum einen war damals grundsätzlich ein Anhörungsrecht eingerichtet gewesen, während im vorliegenden Fall das Zustimmungsrecht die Grundregel bildet. Zum anderen war die „Bedingung“, deren Eintritt das (grundsätzlich gegebene) Anhörungs- in ein Zustimmungsrecht wandelte, dahin konkretisiert gewesen, dass sich entweder der Beirat zumindest zur Hälfte aus externen Beiratsmitgliedern (wobei Personen iSd § 23 Abs 2 Satz 3 PSG nicht als externe Beiratsmitglieder gelten) zusammensetzt oder das Gesetz oder die Rspr eine Bindung des Stiftungsvorstands auch an einen mehrheitlich von Begünstigten besetzten Familienbeirat zulässt. Damit war der „Umwandlungsfall“ so determiniert worden, dass dem Rechtsanwender (etwa dem Vorstand) die Beurteilung, ob die Bedingung im konkreten Fall eingetreten ist, (noch) zugemutet werden konnte. Einem Vorstand(smitglied) einer Privatstiftung ist die (bewältigbare) Prüfung, ob ein Beirat zumindest zur Hälfte aus „externen“ Mitgliedern besteht oder mehrheitlich mit Begünstigten besetzt ist, zuzutrauen.

[14] Dagegen ist hier grundsätzlich ein Zustimmungsrecht vorgesehen und es müsste der Vorstand in jedem einzelnen Fall beurteilen, ob („wenn und solange“) das Zustimmungsrecht des Beirats „im Hinblick auf dessen Besetzung“, also ohne klare Vorgaben oder Zielrichtung der angesprochenen Besetzung, gegen „zwingende Bestimmungen des PSG und/oder deren Auslegung durch den OGH verstoßen sollte“ (ohne Verweis darauf, welche Bestimmungen des PSG damit überhaupt angesprochen sein sollten).

[15] 2.4. Der Beirat wird in Pkt VIII. Z 1 lit b der Stiftungsurkunde ausdrücklich als Organ der Stiftung bezeichnet. Die (nach § 14 Abs 2 PSG zulässige) Einrichtung eines weiteren Organs (wie hier: des Beirats) erfordert ua die grobe Umschreibung der Kompetenzen dieses Organs in der Stiftungs-

urkunde (vgl § 9 Abs 2 Z 4 iVm § 10 Abs 2 PSG; 6 Ob 305/01y; 6 Ob 42/13i, Pkt 3.2.; 6 Ob 95/15m, Pkt 4.1.1; RIS-Justiz RS0116028; zu den Kontrollbefugnissen siehe insb 6 Ob 291/02s; N. Arnold, aaO, § 14 Rz 19 mwN).

[16] Die unter Pkt XXIV. Z 1 lit d genannten 13 Zustimmungsvorbehalte sind zwar in der Stiftungsurkunde (und nicht bloß etwa in der Stiftungszusatzurkunde) aufgezählt, mit der „Wandlungsklausel“ bleibt aber letztlich unsicher und offen, ob sie *in concreto* Zustimmungs- oder bloße Anhörungsrechte sind.

[17] Wegen dieser Unklarheit fehlt es an der erforderlichen (klaren) „groben Umschreibung der Kompetenzen“ des Beirats, der daher nicht wirksam als Organ iSv § 9 Abs 2 Z 4 PSG „eingerrichtet“ ist. Die zur Eintragung angemeldete Stiftungsurkunde erweist sich daher als in sich widersprüchlich, weil sie den Beirat, der nicht (wirksam) Organ ist, als solches bezeichnet.

[18] Andernfalls wäre durch die vage, in ihrer Bedeutung „offenen“ Formulierung die Prüfung der Zulässigkeit von Bestimmungen der Stiftungserklärung dem Firmenbuchgericht, dessen wesentliche Kernaufgabe dies aber ist (siehe 6 Ob 226/09t, Pkt 2.1. f; 6 Ob 122/21s, Rn 9; 6 Ob 100/22g, Rn 23; Pilgerstorfer in Artmann, UGB I³ [2019] § 15 FBG Rz 9 mwN), tatsächlich entzogen und sie würde in unzulässiger Weise auf den Rechtsanwender (vor allem den Vorstand) verlagert.

[19] 3. Bei dieser Sachlage muss nicht mehr erörtert werden, dass anlässlich der Eintragung der Neufassung auch darauf Rücksicht zu nehmen ist, dass der Beirat bei plötzlichem, unerwartetem Ableben der Zweitstifterin mit „externen“ Personen besetzt werden könnte, in welchem Fall nur Zustimmungsrechte und nicht bloße Anhörungsrechte normiert wären, sodass die Neufassung auch dahin zu überprüfen wäre, ob der Beirat wegen der ihm insgesamt zugewiesenen bedenklich weitreichenden Agenden (neben dem Maßnahmenkatalog nach Pkt XXIV. Z 1 lit d der Stiftungsurkunde überdies noch Bestellung der Vorstandsmitglieder und deren Abberufung aus wichtigem Grund, Erlassung sowie Änderung der Geschäftsordnung des Vorstands und Festsetzung von dessen Vergütung, Vorschlag für die Bestellung des Stiftungsprüfers, Genehmigung des Jahresabschlusses) als vorstandsähnlich (und nicht bloß als aufsichtsratsähnlich) zu qualifizieren wäre.

[20] Der Auffassung des Rekursgerichts, mit der Klausel würden im Ergebnis die amtswegige Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts „ausgehobelt“ und die Handlungsfähigkeit des Stiftungsvorstands, der hinsichtlich der aufgelisteten Rechts-handlung vorab zu überlegen hätte, ob nun eine Zustimmung erforderlich sei oder eine bloße Anhörung genüge, stark einträchtigt (wird doch der Vorstand in einer solchen Situation eher geneigt sein, Konfrontationen mit dem Beirat zu vermeiden und seinem Willen zu entsprechen), ist überdies beizupflichten.

[21] 4. Eine Stiftungserklärung, die ihren Geltungsumfang teilweise „im Hinblick“ auf die (nicht näher beschriebene) „Besetzung“ des Beirats von der Rechtsauslegung der Anwender zur Frage des Bestehens von Verstößen gegen (ungenannt bleibende) „zwingende Bestimmungen des PSG und/oder deren Auslegung durch den OGH“ abhängig macht und damit

die einem zusätzlich eingerichteten Organ zugewiesenen Kompetenzen nicht klar umschreibt, ist nicht einzutragen.

Anmerkung:

1. Nach § 14 Abs 2 PSG können die Stifter weitere Organe zur Wahrung des Stiftungszwecks vorsehen. Nur Personen bzw Gremien, denen auch Organstellung zuzuerkennen ist, kommen die Rechte und Pflichten, die das PSG einem Organ zuerkennt bzw auferlegt, zu (N. Arnold, PSG⁴ [2022] § 14 Rz 14c). Für die Begründung der Organstellung sind dabei insb 1.) die Zuweisung entsprechender Aufgabenbereiche (materieller Organbegriff) an die Person bzw das Gremium und 2.) eine ordnungsgemäße Einrichtung in der Stiftungsurkunde (widrigenfalls ein geheimes Organ vorläge) notwendig.

2. Die Einrichtung weiterer Organe erfordert mehr als die bloße Nennung oder Bezeichnung als Organ. Zuletzt war nicht ganz klar, in welchem Detaillierungsgrad die Aufgaben des Organs in der Stiftungsurkunde definiert sein müssen (vor allem vor dem Hintergrund der Formulierung in OGH 29.6.2015, 6 Ob 95/15m, GesRZ 2015, 333 [R. Briem]). Umso erfreulicher ist es, dass der OGH in Rn 15 der vorliegenden Entscheidung seine frühere Judikaturlinie bestätigt und (wiederum) auf die grobe Umschreibung der Kompetenzen dieses Organs in der Stiftungsurkunde abstellt. Eine erste wichtige, aber auch ganz entscheidende Klarstellung; dies vor allem auch aufgrund der bestehenden Unsicherheiten im Verhältnis Stiftungsurkunde zu Stiftungszusatzurkunde (siehe bereits N. Arnold, Stiftungszusatzurkunde und Nebenabreden bei Privatstiftungen, GesRZ 2022, 355).

3. Es entspricht mittlerweile gefestigter Rspr, dass die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat analog anzuwenden sind.

Die Frage der Aufsichtsratsähnlichkeit bestimmt sich primär nach dem weiteren Organ zugewiesenen Aufgabenbereich, wobei bei der Beurteilung Aufgaben iSd § 25 Abs 1 PSG besonderes Gewicht zukommt. Wesentlich ist daher vor allem die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dem weiteren Organ Zustimmungsrechte (insb im Rahmen zustimmungspflichtiger Rechts-handlungen) vorbehalten werden. Auch dies bestätigt das Höchstgericht mit der vorliegenden Entscheidung, wenn es in Rn 7 hier primär auf § 25 Abs 1 PSG verweist. Eine weitere wichtige Klarstellung, da die Judikatur bisher teilweise auch auf Aspekte abgestellt hat, die für die Aufsichtsratsähnlichkeit ohne Relevanz sind (etwa die Zuständigkeit zur Bestellung oder Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands oder zur Festsetzung der Vergütung; siehe auch Hartlieb/Zollner, Der fehlerhafte Beirat, PSR 2019, 4 [7 f]).

Soweit der OGH in Rn 7 der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich auf § 23 Abs 2 Satz 2 PSG verweist, besteht durchaus Grund zur Hoffnung, dass eine mögliche Analogie nicht für alle potenziell auf Aufsichtsräte anwendbaren Bestimmungen auszudehnen ist (zur Reichweite der Analogie N. Arnold, PSG⁵, § 14 Rz 76h).

4. Übereinstimmend mit der bisherigen Judikatur anerkennt das Höchstgericht, dass Anhörungsrechte „nicht zu beanstanden und zulässig“ sind; ergänzend sei festgehalten, dass sie nicht nur zulässig und nicht zu bestanden sind, sondern ein Gremium, dem diese Rechte eingeräumt werden, dadurch nicht aufsichtsratsähnlich wird und eine analoge Anwendung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG durch Anhörungsrechte nicht ausgelöst werden kann. Die Begründung in Rn 8 der vorliegenden Entscheidung, Anhörungsrechte würden „keine unzulässige Übertragung der Kompetenzen an dieses Organ“ darstellen, führt eher zu Missverständnissen als zur Klärung. Auch zustimmungspflichtige Geschäfte sind als Mittel der Vorwegkontrolle niemals ein Zuständigkeitsübergang. Vielmehr handelt es sich um ein Instrumentarium der Erfüllung von Überwachungsaufgaben (so auch zum Aufsichtsrat der AG Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ [2019] § 95 Rz 38). Im Übrigen wirken Zustimmungspflichten ebenso wie Anhörungsrechte stets nur im Innenverhältnis (von Fällen kollusiver Rechtsausübung abgesehen).

5. Der OGH hat bereits bisher anerkannt, dass in die Stiftungsurkunde Regelungen aufgenommen werden können, die einer all-

fällig späteren Änderung des Gesetzes oder der einschlägigen Rspr Rechnung tragen (OGH 29.8.2017, 6 Ob 36/17p). Schon im Hinblick darauf, dass Stiftungserklärungen mitunter auch generationsübergreifend gestaltet werden können und nach Ableben der Stifter Änderungen der Stiftungserklärung nur mehr sehr eingeschränkt möglich sind, sind derartige Bestimmungen auch durchaus geboten und zweckmäßig. An diesem Grundsatz ändert sich auch durch die vorliegende Entscheidung nichts. Der OGH hat nämlich nicht ausgesprochen, dass eine – wie er es bezeichnet – „Wandlungsklausel“ unzulässig ist; er hat nur gesagt, dass die konkret gewählte Wandlungsklausel zu undeutlich ist. Im Ergebnis ist ihm dabei auch zuzustimmen. Die Argumente könnten mE teilweise aber präziser abgegrenzt werden.

Vorweg: Eine Wandlungsklausel hat ihre Berechtigung. Judikaturlinien (auch in Bezug auf angenommene Analogien) können sich ändern. Es wäre auch nicht das erste Mal, dass der Gesetzgeber versucht, Regelungen im PSG zu implementieren, die der analogen Anwendung von Bestimmungen zum Aufsichtsrat auf weitere Organe iSd § 14 PSG entgegenwirken sollen (so – wenn nach der OGH-Judikatur auch nicht geglückt – etwa durch das Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl I 2010/111; siehe auch die Bestimmungen für Aufsichtsratsorgane nach 323/ME 25. GP, online abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXV/ME/323>, oder das Regierungsprogramm 2020 – 2024, online abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html>, zur Reform und Attraktivierung des Privatstiftungsrechts im internationalen Vergleich unter Stärkung der Begünstigtenstellung).

6. Die hier zu beurteilende Formulierung „Wenn und solange das Zustimmungsrecht des Beirats im Hinblick auf dessen Besetzung gegen zwingende Bestimmungen des PSG und/oder deren Auslegung durch den OGH verstoßen sollte“ ist – und dabei ist dem Höchstgericht durchaus zuzustimmen – undeutlich und missverständlich formuliert. Die Formulierung vermengt Ursache (Besetzung) und Wirkung und grenzt diese nicht eindeutig ab.

Der Grund für die Unzulässigkeit liegt mE aber nicht darin, dass dem Firmenbuchgericht damit „die Prüfung der Zulässigkeit von Bestimmungen der Stiftungserklärung ... tatsächlich entzogen“ wäre (so aber Rn 18 der vorliegenden Entscheidung). Es steht fest, dass die Maßnahmen entweder anhörungs- oder zustimmungspflichtig sind. Die Prüfung der Zulässigkeit hat daher in beide Richtungen zu erfolgen. Schließlich muss das Firmenbuchgericht auch nicht notwendigerweise sämtliche Fragen zustimmungspflichtiger Maßnahmen vorab prüfen und kann dies auch gar nicht; diese können als Teil der inneren Ordnung des Stiftungsvorstands auch in der Stiftungszusatzurkunde oder einer Geschäftsordnung geregelt werden. Der Vorabkontrolle der Stiftungsgovernance sind damit von vornherein Grenzen gesetzt. Führt aber eine Wandlungsklausel wie im vorliegenden Fall dazu, dass Abgrenzungsschwierigkeiten von vornherein offensichtlich sind, kann dies im Rahmen der Eintragung sehr wohl (und wurde dies auch vorliegend zu Recht gemacht) vom Firmenbuchgericht aufgegriffen werden. Auch bei auslegungsbedürftigen Stiftungserklärungen sieht das Höchstgericht die Verantwortung für die Auslegung und damit auch der Anwendung primär beim Stiftungsvorstand (RIS-Justiz RS0129738).

7. In der Firmenbuchpraxis (zu Recht) regelmäßig akzeptiert werden Wandlungsklauseln, die einem klaren Aufbau folgen. Aus diesem sollte sich die Problemstellung ergeben (Frage der analogen Anwendung) und die Ausgangslage, dh, ob die mehrheitliche Besetzung des Beirats mit Begünstigten oder begünstigtenahen Personen möglich ist und daher dem Beirat nur Anhörungsrechte zukommen oder ob es sich umgekehrt um zustimmungspflichtige Maßnahmen handelt und der Beirat daher nicht mehrheitlich mit Begünstigten oder begünstigtenahen Personen besetzt werden darf. Um den Bedenken des OGH Rechnung zu tragen, wäre auch eine ausdrückliche Entscheidung (etwa eine Beschlussfassung des Beirats), dass der Wandlungsfall infolge Änderung der Rechtslage oder der Judikatur eingetreten ist, anzuraten. Der Stiftungsvorstand hat dann Klarheit darüber, ob Zustimmungspflichten bestehen

oder nicht. Ergänzend kann auch vor entsprechender Beschlussfassung die Einholung eines Gutachtens angeordnet werden.

8. Anerkannt ist, dass der Stiftungsvorstand nicht zum bloßen Vollzugsorgan degradiert werden darf (siehe auch Rn 6 der vorliegenden Entscheidung). In der Judikatur wird diese Frage teilweise (wenn auch von der Diktion her nicht ganz glücklich) unter dem Schlagwort der „Vorstandsähnlichkeit“ behandelt. Bei der Frage, ob der Stiftungsvorstand zum Vollzugsorgan degradiert wird, sind aber eine klare Abgrenzung und Zuordnung erforderlich. Die pauschale Aufzählung in Rn 19 der vorliegenden Entscheidung wird dem nicht gerecht.

In Rn 19 der vorliegenden Entscheidung verweist der OGH auf verschiedene Bereiche, nämlich a) den Maßnahmenkatalog nach Pkt XXIV. Z 1 lit d der Stiftungsurkunde, darüber hinaus aber auch auf b) die Bestellung der Vorstandsmitglieder und deren Abberufung aus wichtigem Grund, c) die Erlassung sowie Änderung der Geschäftsordnung des Stiftungsvorstands, d) die Festsetzung dessen Vergütung, e) den Vorschlag für die Bestellung des Stiftungsprüfers und f) die Genehmigung des Jahresabschlusses.

Zu lit a (Maßnahmenkatalog): Der Maßnahmenkatalog der konkreten Stiftungsurkunde enthält verschiedene nach § 25 PSG bzw § 95 AktG zustimmungspflichtige Maßnahmen. Diese zustimmungspflichtigen Maßnahmen begründen ihrerseits überhaupt erst die Aufsichtsratsähnlichkeit und sind damit Grundlage für die Analogie zu § 23 Abs 2 PSG. Sie führen daher möglicherweise zur Aufsichtsratsähnlichkeit, üblicherweise aber nicht (zusätzlich) zu einer Vorstandsähnlichkeit (konkret zu einer unzulässigen Degradierung des Stiftungsvorstands zu einem bloßen Vollzugsorgan). Eine unzulässige Degradierung ist nur dann anzunehmen, wenn der Zustimmungskatalog so weit geht (insb auch durch besonders niedrige Betragsgrenzen), dass der Stiftungsvorstand die ordentliche Verwaltung eigentlich nicht mehr ohne regelmäßige Einbindung seines Kontrollgremiums vornehmen kann. Die Maßnahmen nach lit d sublit aa und bb sind aber bspw gar keine solchen, die in § 25 PSG bzw § 95 AktG genannt sind, und wären daher allenfalls gesondert zu beurteilen (zur Thematik, ob oder inwieweit Zuwendungsentscheidungen des Stiftungsvorstands an die Zustimmung eines begünstigtendominierten Gremiums gebunden werden können, siehe N. Arnold, PSG⁴, § 5 Rz 45).

In üblichem Rahmen abgefasste Zustimmungspflichten können aber niemals zu einer Vorstandsähnlichkeit führen.

Zu lit b (Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands): Die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands kann unstrittigerweise auch Begünstigten eingeräumt werden, sofern eine Mindestfunktionsperiode beachtet wird, gegebenenfalls die Grundsätze des § 14 PSG eingehalten werden und die Abberufung auf wichtige Gründe beschränkt ist (siehe nur OGH 25.11.2020, 6 Ob 211/20b). Maßstab sind hier jeweils die vom Höchstgericht geforderte Mindestfunktionsperiode (von drei Jahren)

und die Einschränkung der Abberufung auf wichtige Gründe. Auch der Aufsichtsrat einer AG wird nicht etwa dadurch vorstandsähnlich, dass er den Vorstand bestellt und/oder abberuft. Ein zulässig ausgestaltetes Beststellungs- und Abberufungsrecht macht auch einen begünstigtendominierten Beirat damit nicht vorstandsähnlich.

Zu lit c (Erlassung sowie Änderung der Geschäftsordnung): Die Zulässigkeit der Erlassung einer Geschäftsordnung ist in der Judikatur anerkannt (siehe bereits OGH 13.3.2008, 6 Ob 49/07k; 13.3.2008, 6 Ob 50/07g); nur dann, wenn der Stiftungsvorstand durch diese in unzulässiger Weise eingeschränkt würde (etwa wenn die meisten Rechtsgeschäfte pauschal zustimmungspflichtig gemacht werden oder Betragsgrenzen sehr niedrig angesetzt werden), stellt sich die Frage einer unzulässigen Einschränkung. Auch hier bedarf es aber keiner Vorwegkontrolle durch das Firmenbuchgericht. Unzulässige Bestimmungen erlangen durch die Eintragung in das Firmenbuch keine Rechtsverbindlichkeit (OGH 15.10.2012, 6 Ob 157/12z); umso weniger durch Regelung in einer Geschäftsordnung.

Zu lit e (Vorschlag für die Bestellung des Stiftungsprüfers): Der Stiftungsprüfer wird, soweit kein Aufsichtsrat bestellt ist, vom Gericht bestellt (§ 20 PSG). Die Zuständigkeiten des § 20 PSG sind zwingend (OGH 22.6.1995, 6 Ob 15/95). Ein Vorschlagsrecht kann das Gericht darüber hinaus nicht binden (OGH 10.10.2002, 6 Ob 231/02t). Auch der Vorschlag zur Bestellung des Stiftungsprüfers ist daher für die Frage der Vorstandsähnlichkeit irrelevant. Eigentlich sollte man iSd objektiven Prüfung der Tätigkeit des Stiftungsvorstands froh sein, wenn dieser den entsprechenden Vorschlag an das Gericht nicht selbst erstattet; hat er gegen den Vorschlag des Beirats Bedenken, hat er diese dem Gericht mitzuteilen.

Eine klare Abgrenzung und Zuordnung sind daher zur Beurteilung, ob tatsächlich eine unzulässige Einschränkung des Stiftungsvorstands gegeben ist, notwendig. Jene Bereiche, die ursprünglich (zu Unrecht, da diese Aufgaben dem Aufsichtsrat gar nicht zugewiesen sind) unter dem Schlagwort der „Aufsichtsratsähnlichkeit“ erörtert wurden, sollten nicht neuerlich unter dem Begriff der „Vorstandsähnlichkeit“ zu Diskussionen führen.

9. Zusammengefasst hat der OGH daher in der vorliegenden Entscheidung ganz wesentliche Bereiche einer Klärung zugeführt. Im Ergebnis ist ihm auch in Bezug auf die konkrete Wandlungsklausel zuzustimmen. Wandlungsklauseln sind weiterhin zulässig, bedürfen aber einer klaren Formulierung und Strukturierung. Die gleichsam einem *obiter dictum* die Entscheidung gar nicht tragenden Ausführungen zur Frage der Vorstandsähnlichkeit sind mE aber überschießend, wurden aber offenbar ganz bewusst auch nicht näher geprüft (Rn 19 der vorliegenden Entscheidung: „muss nicht mehr erörtert werden“).

Nikolaus Arnold

Dr. Nikolaus Arnold ist Rechtsanwalt in Wien.



Kennen Sie schon IURIO?

powered by
lindeverlag.at

Digital sicher zusammenarbeiten.

IURIO – Das Tool für Jurist*innen und Steuerberater*innen:

- ◆ einfach zu benutzen
- ◆ konform mit allen Datenschutzrichtlinien



iurio.com

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

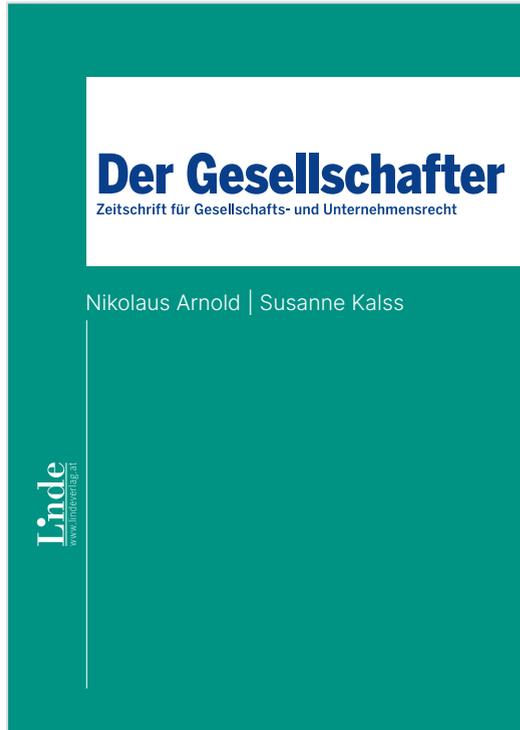
Diskussion am Puls der Zeit

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