

Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Hans-Georg Koppensteiner

Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

Martin Trenker

„Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht

Christoph Klampfl

Fruchtgenuss an Gesellschaftsanteilen

Reinhold Beiser

Verschmelzung zwischen Mutter und Tochter und Verbot der Einlagenrückgewähr

Der praktische Fall

Liegenschaft für Unterhalt

Aus der aktuellen Rechtsprechung

EuGH bestätigt Zulässigkeit der Emittentenhaftung gegenüber Aktionären
OGH-Entscheidungen zum Gesellschafts- und Privatstiftungsrecht
sowie zu zivil- und arbeitsrechtlichen Fragen

Unternehmensrecht aktuell

Abgabenänderungsgesetz 2014
Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2013
EU: Revision der Transparenz-Richtlinie

lich nichts über den Interessengegensatz zur Belegschaft in einem anderen Unternehmen. Dies gilt auch dann, wenn ein Konzern vorliegt.

Auch der OGH vermag dieses Argument in der vorliegenden Entscheidung nicht zu entkräften. Zwar weist er richtig darauf hin, dass das Betriebsverfassungsrecht auch von „konzerngesellschafts-überschreitende[n] Interessengegensätze[n] zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite“ ausgeht. Im Rahmen der Befugnisse der Belegschaft stellen diese Konflikte allerdings nur einen geringeren Anteil dar (vgl § 113 Abs 5 ArbVG, der die Kompetenzen der Konzernvertretung regelt) und sollten daher nicht für die Qualifikation als Arbeitnehmer ausschlaggebend sein.

Im Ergebnis kann bei Drittanstellung uE kein grundsätzlicher Interessengegensatz zur Belegschaft des Überlassers festgestellt werden. Die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft sollte daher nur dann verneint werden, wenn die Person neben der Organstellung beim Beschäftiger auch als leitender Angestellter beim Überlasser zu qualifizieren ist.

3. Folgt man der Auffassung des OGH und überträgt sie auf konzerninterne Überlassungen von Arbeitnehmern ohne Organstellung, wird man zum Ergebnis gelangen, dass die Ausnahmebestimmung des § 36 Abs 2 Z 3 ArbVG dann Anwendung findet, wenn dem Arbeitnehmer in der Einsatzgesellschaft tatsächlich Kompetenzen als leitender Angestellter zukommen.

4. Die Drittanstellung ist ein Fall der Arbeitskräfteüberlassung, sie unterliegt daher grundsätzlich dem AÜG (*Resch*, GesRZ 2005, 81). Eine Ausnahme für Organe oder leitende Angestellte kennt das AÜG nicht. Relevant könnte nur die teilweise Ausnahme bei konzerninterner Überlassung sein (§ 1 Abs 3 Z 4 AÜG). Diese Ausnahme ist allerdings auf vorübergehende Überlassungen beschränkt. Überlassungen, die länger als 13 Wochen (in den Materialien [ErlRV 1078 BlgNR 18. GP, 16] wird auf § 101 ArbVG verwiesen; vgl auch ErlRV 1076 BlgNR 24. GP, 10; aA *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern [1996] 92; *Sacherer in Sacherer/Schwarz*, AÜG² [2006] 91) dauern, sind nicht mehr erfasst. Bis zum LSDB-G (BGBl I 2011/24) waren außerdem Überlassungen von den §§ 10 bis 14 AÜG ausgenommen, die nicht als reglementiertes Gewerbe iSd GewO 1994 zu qualifizieren waren, also nicht gewerbsmäßige Überlassungen (vgl *Sacherer in Sacherer/Schwarz*, AÜG², 99 f; auf diese Ausnahme macht iZm der Drittanstellung von Organpersonen *Resch* [GesRZ 2005, 81] aufmerksam). Mit dem Wegfall dieser Ausnahme ab dem 1.5.2011 unterliegen dauernd überlassene Geschäftsführer grundsätzlich auch den §§ 10 bis 14 AÜG. Davon könnte insb § 11 AÜG von Bedeutung sein, der bestimmte Vereinbarungen in den Arbeitsverträgen von überlassenen Arbeitnehmern untersagt. § 11 Abs 2 Z 4 AÜG erlaubt Befristungen des Arbeitsvertrages von überlassenen Arbeitnehmern nur aus sachlichem Grund. Unsachlich und daher unzulässig ist insb die Befristung für die Dauer der Überlassung. Vor diesem Hintergrund sind Koppelungsklauseln, also Klauseln, die den Anstellungsvertrag automatisch bei Verlust der Organstellung beenden wollen, bei Drittanstellung besonders kritisch zu sehen (vgl allgemein zur fraglichen Zulässigkeit von Koppelungsklauseln *Mosler*, Arbeitsrechtliche Aspekte der Beendigung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers einer GmbH, WBl 2002, 49; zu Vorstandsmitgliedern *G. Schima*, Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung? GesRZ 2011, 265 [276]). Hervorzuheben ist auch § 11 Abs 2 Z 6 AÜG, der Konventionalstrafen, Reugelder oder Einstellungsverbote verbietet, die den Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsvertrages in seiner Erwerbstätigkeit beschränken. Konkurrenzklauseln sind bei Drittanstellung daher unzulässig. Bei anderen Konventionalstrafen und Reugeldern verlangt § 11 Abs 3 AÜG allgemein eine Billigkeitsprüfung. Außerdem bürgt gem § 14 AÜG der Beschäftiger für das Entgelt der überlassenen Arbeitskraft.

Felix Schörghofer / Paul Schörghofer

Mag. Felix Schörghofer ist Universitätsassistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien. Dr. Paul Schörghofer, LL.M. (Harvard) ist Rechtsanwalt in Wien.

Privatstiftung

Unvereinbarkeit bei aufsichtsratsähnlichem Beirat

§ 14 Abs 2, §§ 15, 23 Abs 2, § 25 Abs 1 und § 27 PSG

1. Die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG ist auch auf einen aufsichtsratsähnlichen Stiftungsbeirat anzuwenden. Daran hat sich durch die Novellierung des PSG durch das Budgetbegleitgesetz 2011 nichts geändert.

2. Ein Stiftungsbeirat ist aufsichtsratsähnlich, wenn diesem umfassende Zustimmungsvorbehalte zu bestimmten Rechtsgeschäften der Privatstiftung sowie eine Vergütungskompetenz zukommen. Damit reichen seine Einflussmöglichkeiten über eine bloße Kontroll- und Beratungsfunktion weit hinaus und verschaffen ihm einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands.

3. Soweit die Stiftungsurkunde das Abberufungsrecht eines nur aus Begünstigten bestehenden Stiftungsbeirats gegenüber dem Stiftungsvorstand nicht auf die Abberufungsgründe des § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG beschränkt, liegt darin ein Widerspruch zu § 14 Abs 4 PSG.

4. Ist die Festlegung der Begünstigten und der Höhe der Ausschüttungen an die Zustimmung eines nur mit Begünstigten besetzten Stiftungsbeirates gebunden, verstößt dies gegen die von den Gesetzesmaterialien als Gründe für die Unvereinbarkeitsregelung des § 15 Abs 2 PSG angeführte „Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung“ und die Vermeidung von Kollisionen.

OGH 9.9.2013, 6 Ob 139/13d (OLG Linz 6 R 91/13i; LG Linz 29 Fr 125/13i)

Mit Stiftungsurkunde vom 7.7.2000 errichteten der Erst- und die Zweitstifterin gemeinsam mit weiteren fünf Familienmitgliedern, darunter zwei Minderjährigen, vertreten durch einen Kollisionskurator, die C. Privatstiftung. Stiftungszweck ist die Sicherung des Fortbestands und der Weiterentwicklung der mit der Stiftung verbundenen Unternehmen, der Verwaltung des der Stiftung gewidmeten Vermögens und der Ausstattung und Unterstützung des Lebensunterhalts der Begünstigten. Begünstigte sind nach Art V 5.1. der Erst- und die Zweitstifterin; überdies bestimmen die Stifter anlässlich der Errichtung der Stiftung oder zu einem späteren Zeitpunkt den Begünstigtenkreis. Nach Art VII 7.24.2. setzt sich der Stiftungsbeirat aus dem Erst- und der Zweitstifterin zusammen. Gem Art XIV 14.2. können die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde durch den Erststifter alleine ergänzt und/oder geändert werden.

Am 27.12.2012 beschloss der Erststifter eine Änderung der Stiftungsurkunde in Art II, Art III 3.1. lit g, Art VII 7.1.1., 7.1.11., 7.1.13., 7.2.1., 7.3., 7.4.1., 7.4.2., 7.4.3., 7.4.12., 7.4.13., 7.4.16. und 7.4.17. sowie Art XIV 14.2. und 14.4.. Nach Art VII 7.4.3. der geänderten Stiftungsurkunde soll dem Beirat das Recht eingeräumt werden, Vorstandsmitglieder aus Gründen des § 27 PSG, und zwar wenn dies die Stiftungserklärung vorsieht oder sonst ein wichtiger Grund vorliegt, mit der gem § 14 Abs 3 PSG erforderlichen Mehrheit abzuufen. Nach Art VII 7.1.13. soll die den Vorstandsmitgliedern zuerkannte Vergütung nach Ausscheiden des letzten zur Änderung der Stiftungserklärung berechtigten Stifters vom Beirat festgelegt werden. Ferner soll Art VII 7.4.12. dem Beirat weitreichende Zustimmungsvorbehalte (ua betreffend bestimmte Rechtsgeschäfte oder die Bestellung von Begünstigten und die Vornahme von Ausschüttungen an diese) einräumen. Im Einzelnen ist die Zustimmung des Beirats in folgenden Fällen erforderlich:

„a) Gewährung oder Aufnahme von Krediten und/oder Darlehen aller Art;

b) Kauf, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften;

c) Übernahme von Haftungen und Belastung des Stiftungsvermögens;

d) vom Stiftungsvorstand an den Beirat herangetragene Angelegenheiten;

e) Erteilung von Steuerberatungs-/vertretungsmandaten, von Buchhaltungs- oder von Rechtsberatungs-/vertretungsmandaten an einzelne Mitglieder des Stiftungsvorstandes, wobei erforderlichenfalls auch die Zustimmung des Gerichts im Sinne des § 17 Abs 5 PSG einzuholen ist;

f) die Bestellung des Vorsitzenden des Vorstandes sowie Rechtsgeschäfte zwischen der Stiftung und einem Mitglied des Stiftungsvorstandes (wobei in letzterem Fall zusätzlich die Zustimmung aller Vorstandsmitglieder sowie des Gerichtes erforderlich ist);

g) Entscheidung über Ausscheiden von im Unternehmen der J. W.-Gruppe tätigen Deszendenten nach ... [Erststifter], wobei Voraussetzung für ein solches Ausscheiden ist, dass hierfür ein wichtiger Grund vorliegt;

h) Bestellung von Begünstigten und Vornahme von Ausschüttungen an Begünstigte;

i) Veräußerung oder Belastung von Gesellschafts- oder Unternehmensbeteiligungen (des Unternehmens oder von Unternehmensteilen);

j) nominelle und ordentliche Kapitalerhöhungen bei verbundenen Unternehmen;

k) Kauf von Anteilen an Gesellschaften oder Unternehmen;

l) Änderung der Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde;

m) Auflösung der Stiftung und Bestellung von Letztbegünstigten.“

- ▶ Das Erstgericht wies nach Durchführung eines Verbesserungsverfahrens den Antrag auf Eintragung von Änderungen der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde ab.
- ▶ Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung.
- ▶ Der OGH gab dem Revisionsrekurs der Privatstiftung nicht Folge.

Aus der Begründung des OGH:

1. und 2. ...

3.1. Nach § 14 Abs 1 PSG sind der Stiftungsvorstand, der Stiftungsprüfer und gegebenenfalls der Aufsichtsrat Organe der Privatstiftung. § 14 Abs 2 PSG räumt dem Stifter die Möglichkeit ein, weitere Organe zur Wahrung des Stiftungszwecks vorzusehen.

3.2. Begünstigte oder deren Angehörige können weder Mitglieder des Stiftungsorgans sein (§ 15 Abs 2 PSG) noch die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen (§ 23 Abs 2 PSG). Dies gilt auch für Personen, die vom Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im betreffenden Organ beauftragt wurden (§ 15 Abs 3a, § 23 Abs 2 letzter Satz PSG). Mit diesen Unvereinbarkeitsbestimmungen soll den kollidierenden Interessen der Begünstigten einerseits und der Stiftung an der Verwirklichung des Stifterwillens andererseits vorgebeugt werden (6 Ob 39/97x SZ 70/92).

4.1. Die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG ist auch auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat anzuwenden (6 Ob 42/09h).

4.2. Diese Rspr geht auf die Judikatur zum Entsendungsrecht der Belegschaft in den Aufsichtsrat zurück. Der OGH hat in der E 9 ObA 130/05s (SZ 2006/138) die Anwendung der für den Aufsichtsrat geltenden Vorschriften auf aufsichtsratsähnliche, wenn auch anders bezeichnete Organe bejaht (zur Parallele zwischen der arbeitsrechtlichen und der stiftungsrechtlichen Judikatur vgl auch *Karollus*, JBl 2011, 331 mwN).

4.3. Nach stRspr ist die Einrichtung eines nur oder mehrheitlich mit Begünstigten besetzten Beirats einer Privatstiftung außerdem unzulässig, wenn diesem die Befugnis zur Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes ohne Beschrän-

kung auf einen wichtigen Grund oder die Bestimmung von Vergütungen für den Stiftungsvorstand zukommt (RIS-Justiz RS0107655; 6 Ob 39/97x; 6 Ob 42/09h; 6 Ob 195/10k ua).

4.4. Der OGH hat bereits ausgesprochen, dass den Gesetzesmaterialien zu § 15 Abs 2 PSG zwar zu entnehmen ist, dass der Stifter, will er dem Begünstigten eine besondere Funktion in der Stiftung einräumen, einen Beirat mit kontrollierender oder sogar bis zu einem gewissen Grad auch weisungsgebender Funktion einrichten kann. Diese Grenze wurde jedoch etwa als überschritten angesehen, wenn dem Beirat die Abberufung von Vorstandsmitgliedern aus „wichtigem“ Grund oblag, die Abberufung des Vorstands an seine Zustimmung gebunden war, ihm weitreichende Kontrollmöglichkeiten einschließlich eines Weisungsrechts gegenüber dem Stiftungsprüfer, Zustimmungsrechte bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens durch den Stiftungsvorstand und bei der Bestimmung der Begünstigten sowie des Umfangs der an diese zu erbringenden Leistungen zukamen (6 Ob 42/09h; vgl auch RIS-Justiz RS0107655).

4.5. Nach *Csoklich* (Folgen der OGH-Entscheidung zum Begünstigtereinfluss beim aufsichtsratsgleichen Beirat, PSR 2010, 4) ist die Auffassung, eine Aufsichtsratsähnlichkeit eines Beirats einer Privatstiftung schon bei geringeren Kompetenzen, als sie etwa einem Aufsichtsrat einer AG zukommen, anzunehmen, konsequent, weil die im PSG für den Aufsichtsrat vorgesehenen (Mindest-)Kompetenzen geringer sind als im Aktienrecht (*Csoklich*, aaO, 18). Nach § 25 Abs 1 PSG kamen dem Aufsichtsrat lediglich sehr allgemein gehalten die Überwachung der Geschäftsführung und der Gebarung der Privatstiftung sowie die Vertretung der Privatstiftung bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern zu; zur effektiven Wahrnehmung dieser (geringen) Kompetenzen werde hinsichtlich des Auskunfts- und Einsichtsrechts auf die Bestimmungen des § 95 Abs 2 und 3 AktG sowie hinsichtlich des Zustimmungsvorbehalts für bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen auf § 95 Abs 5 Z 1, 2 und 4 bis 6 AktG verwiesen. Das etwa für den Aufsichtsrat der AG charakteristische Recht zur Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern zähle nicht zu den vom PSG dem Aufsichtsrat zugewiesenen Kompetenzen. Nach der „Beirats-Entscheidung“ sei daher jeder Beirat, dem zumindest jene Kompetenzen zukommen, die nach § 25 Abs 1 PSG einem Aufsichtsrat zugedacht sind, aufsichtsratsgleich. Dass die Aufsichtsratsgleichheit eines Beirats an mehr Kompetenzen geknüpft werde als an jene, die kraft Gesetzes einem Aufsichtsrat nach PSG als Mindestkompetenz zugewiesen seien, lasse sich der Entscheidung nicht entnehmen.

4.6. *Csoklich* hat auch darauf hingewiesen, dass es nicht nur um die „Aufsichtsratsähnlichkeit“ des Beirats, sondern auch um dessen „Vorstandsähnlichkeit“ gehe, also die Frage, inwieweit einem Beirat Vorstandsfunktionen übertragen werden können bzw inwieweit der Vorstand durch Kompetenzen eines anderen Organs in seiner Funktion eingeschränkt werden darf, also letztlich um die Frage, ab wann eine – nach hA unzulässige – „Degradierung zu einem bloßen Vollzugsorgan“ (vgl 6 Ob 60/01v; *Arnold*, PSG³, § 14 Rz 30 mwN) vorliege (*Csoklich*, aaO, 7). Gehe man von diesem Argumentationsansatz aus, dann gehe es gar nicht um die Frage, ob und in wel-

chem Ausmaß (aktuell) Begünstigte in einem Beirat vertreten sein dürften (denn eine solche „Degradierung“ des Vorstands sei stets unzulässig, auch wenn sie durch Nicht-Begünstigte erfolge), sondern ausschließlich um die Frage, welche Mindestkompetenzen dem Vorstand zu verbleiben hätten bzw ab welchen Einflussrechten des Beirats die – gesetzlich ohne Zweifel vorgesehene – Unabhängigkeit des Vorstands nicht mehr in ausreichendem Maße gewährleistet sei.

5.1. An diesen Grundsätzen hat sich durch die Novellierung des PSG durch das Budgetbegleitgesetz 2011 (BBG 2011) nichts geändert. Der erkennende Senat hat bereits ausgesprochen, dass nicht angenommen werden kann, dass durch eine derartige, ohne breite Diskussion erlassene punktuelle Regelung in einem Sammelgesetz leitende Grundsätze des Privatstiftungsrechts aufgegeben werden sollten (6 Ob 195/10k). Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber bei Erlassung des BBG 2011 die vom historischen Gesetzgeber beabsichtigte Trennlinie zwischen Begünstigten und Vorstand beseitigen und die Struktur des österreichischen Privatstiftungsrechts in ein anderes System überführen wollte (6 Ob 195/10k).

5.2. Nach § 14 Abs 3 PSG idF BBG 2011 können nunmehr Begünstigte in einem Beirat an der Entscheidung über die Abberufung des Stiftungsvorstands mitwirken. Für derartige Entscheidungen ist eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich; hat das Organ weniger als vier Mitglieder, so ist Stimmeneinhelligkeit erforderlich (Abs 3). 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 Beirat beauftragt wurden, bei dieser Entscheidung insgesamt nicht die Mehrheit der Stimmrechte zustehen (Abs 4).

5.3. Zu Zustimmungsvorbehalten des Beirats enthalten die Gesetzesmaterialien zum BBG 2011 lediglich die Aussage, dass einem auch mit Begünstigten besetzten Beirat das Recht zur Bestellung des Stiftungsvorstands eingeräumt werden und Zustimmungsrechte vorbehalten werden können (981 BlgNR 24. GP, 269). Über Art und Umfang der dem Gesetzgeber hier vorschwebenden Zustimmungsrechte ist den Materialien hingegen nichts Näheres zu entnehmen.

5.4. Dazu kommt, dass die Unvereinbarkeitsregel nach § 23 Abs 2 PSG durch das BBG 2011 nicht beseitigt, sondern umgekehrt – nach dem Vorbild des gleichfalls erst durch das BBG 2011 eingeführten § 15 Abs 3a PSG – in Anlehnung an die Judikatur des OGH (vgl 6 Ob 145/09s) um „Beauftragte“ von Begünstigten erweitert wurde.

6.1. Der erkennende Senat hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass sich die Frage, ob ein Beirat als weiteres Organ iSd § 14 Abs 2 PSG ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ ist, vorrangig nach dem in § 25 Abs 1 PSG dem Aufsichtsrat zugewiesenen Aufgabenkreis, der den Kern der – erweiterbaren, aber nicht entziehbaren – Kompetenzen des Aufsichtsrats umschreibt, bestimmt (6 Ob 49/07k; 6 Ob 50/07g; 6 Ob 42/09h). Im vorliegenden Fall sieht die geänderte Stif-

tungsurkunde in Art VII 7.4.12. ua umfassende Zustimmungserfordernisse des Beirats zu bestimmten Rechtsgeschäften der Privatstiftung vor, die in ihrer Gesamtheit weitgehend den Aufgaben des Aufsichtsrats nach § 25 Abs 1 PSG iVm § 95 Abs 5 Z 1, 2, 4, 5 und 6 AktG gleichkommen, wie:

lit a) Gewährung oder Aufnahme von Krediten und/oder Darlehen aller Art (§ 95 Abs 5 Z 5 und 6 AktG);

lit b) Kauf, Veräußerung und Belastung des Stiftungsvermögens (§ 95 Abs 5 Z 2 AktG);

lit c) Übernahme von Haftungen und Belastungen des Stiftungsvermögens (§ 95 Abs 5 Z 5);

lit i) Veräußerung oder Belastung von Gesellschafts- oder Unternehmensbeteiligungen (des Unternehmens oder von Unternehmensteilen) und

lit k) Kauf von Anteilen an Gesellschaften oder Unternehmen (§ 95 Abs 5 Z 1).

6.3. Zusätzlich sieht Art VII 7.1.13. eine Vergütungskompetenz des Beirats vor. Demnach wird eine den Vorstandsmitgliedern zuerkannte Vergütung vom Beirat festgelegt, sofern kein zur Änderung der Stiftungserklärung berechtigter Stifter mehr vorhanden ist.

6.4. Damit reichen aber die Einflussmöglichkeiten des Beirats über eine bloße Kontroll- und Beratungsfunktion weit hinaus und verschaffen dem Beirat einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands insofern, als ihm das Einlegen eines Vetos bei bestimmten Rechtsgeschäften die Möglichkeit eröffnet, den Stiftungsvorstand in seinen Entscheidungen zu lenken. Nach dem Ableben des Erststifters kommt dem Beirat zudem die Befugnis zur Bestimmung der Vergütung des Vorstands zu (vgl 6 Ob 39/97x). Zusammenfassend ist daher von einem aufsichtsratsähnlichen Beirat auszugehen.

7. Soweit sich die in lit e und lit f vorgesehenen Zustimmungserfordernisse auf Rechtsgeschäfte zwischen der Stiftung und einem Mitglied des Stiftungsvorstands beziehen, hat schon das Rekursgericht zutreffend auf die zwingend dem Aufsichtsrat zustehende Kompetenz nach § 25 Abs 3 PSG hingewiesen. Demnach vertritt der Aufsichtsrat die Privatstiftung bei Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern. Sollte kein Aufsichtsrat eingerichtet sein, so bedürfen derartige Rechtsgeschäfte der Zustimmung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Gerichts (§ 17 Abs 5 PSG). Auf ein anderes Organ kann diese Kompetenz hingegen nicht übertragen werden (Zollner, Die eigennützige Privatstiftung aus dem Blickwinkel der Stiftungsbeteiligten, 356 f).

8. Zutreffend hat schon das Rekursgericht zudem darauf hingewiesen, dass, soweit Art VII 7.4.3. der geänderten Stiftungsurkunde ein generelles Recht des Beirats zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern aus Gründen des § 27 PSG vorsieht, dies zu weitreichend ist. Den Materialien zum BBG 2011 ist zu entnehmen, dass in der Stiftungsurkunde dafür vorgesorgt werden muss, dass bei Entscheidungen über eine Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG angeführten Gründen Begünstigten, Angehörigen von Begünstigten oder von Begünstigten oder Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragter Personen nicht mehr als die Hälfte der Stimmen zukommt (981 BlgNR 24. GP, 68). Soweit

die geänderte Stiftungsurkunde demgegenüber das Abberufungsrecht des derzeit nur aus Begünstigten bestehenden Stiftungsbeirats gegenüber dem Stiftungsvorstand nicht auf die Abberufungsgründe des § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG beschränkt, liegt darin daher ein Widerspruch zu § 14 Abs 4 PSG.

9.1. Der Vollständigkeit halber ist schließlich darauf zu verweisen, dass die Stiftungsurkunde in der geänderten Fassung auch insoweit unzulässig ist, als darin die Zustimmung des – derzeit ausschließlich aus Begünstigten bestehenden – Beirats auch für die Bestellung von Begünstigten und Vornahme von Ausschüttungen an Begünstigte erforderlich ist.

9.2. In der Literatur wird – soweit ersichtlich – nur die Konstellation erörtert, dass die für die Bestimmung der Begünstigten zuständige „Stelle“ iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG mit Begünstigten besetzt ist (Arnold, PSG³, § 5 Rz 45). Für diesen Fall wurde in der Literatur die analoge Anwendung der Stimmverbote des § 39 Abs 4 GmbHG vorgeschlagen (Löffler in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, § 15 Rz 15). Nach anderer Ansicht ist die Entscheidung der Stelle in diesem Fall unwirksam (Größ in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 221 ff). Arnold (aaO) hält eine Selbstbegünstigung der Stelle hingegen für prinzipiell zulässig; der Stiftungsvorstand sei an eine diesbezügliche Entscheidung der Stelle jedoch nur gebunden, soweit diese nicht dem Stiftungszweck zuwiderlaufe.

9.3. Im vorliegenden Fall sind die Begünstigten nicht selbst „Stelle“ iSd § 9 Abs 1 Z 3 zur Festlegung der Begünstigten, sondern die Festlegung der Begünstigten und der Höhe der Ausschüttungen ist an ihre Zustimmung gebunden. Damit können die Begünstigten über ihre eigene Begünstigtenstellung und die Höhe der an sie zu erfolgenden Zuwendungen (mit)entscheiden. Damit verstößt diese Regelung aber geradezu eklatant gegen die von den Gesetzesmaterialien als Gründe für die Unvereinbarkeitsregelung des § 15 Abs 2 PSG angeführte „Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung“ und die Vermeidung von Kollisionen. Auch die Annahme eines bloßen Stimmverbots iSd § 39 Abs 4 GmbHG würde hier nicht weiterhelfen, könnte doch der ausschließlich aus – miteinander verheirateten – Begünstigten bestehende Beirat doch niemals wirksam die Zustimmung zur Ausschüttung an die Mitglieder des Beirats erteilen. Auch der Ansatz von Arnold hilft jedenfalls im vorliegenden Fall nicht weiter. Der Vorstand ist dann kein geeignetes Korrektiv gegen missbräuchliches Vorgehen, wenn es nicht darum geht, ob er die Entscheidungen der Stelle iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG umsetzt, sondern seine eigene Entscheidung der Zustimmung des ausschließlich aus Begünstigten bestehenden Beirats bedarf.

Anmerkung:

1. Mit dieser Entscheidung hält der OGH – trotz der Änderung des PSG durch das BBG 2011 – an seiner Rspr fest, dass § 23 Abs 2 Satz 2 PSG, wonach Begünstigte oder deren Angehörige (bzw Beauftragte dieser Personen) nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen dürfen, auf einen aufsichtsratsähnlichen Stiftungsbeirat analog anzuwenden ist. Die Aufsichtsratsähnlichkeit wurde im Entscheidungsfall vor allem darauf gestützt, dass die Stiftungserklärung einen Katalog von Geschäften vorsah, welche der Zustimmung des Stiftungsbeirats bedurften. Weiters wurde dem Umstand Bedeutung beigemessen, dass der Stiftungsbeirat auch die Kompetenz hatte, die Vergütung des Stiftungsvorstands festzulegen.

Mit dieser Entscheidung setzt sich die Rspr des 6. Senates des OGH fort, welche einem begünstigtendominierten Stiftungsbeirat seit jeher kritisch gegenüberstand. Nach der Novelle des PSG durch das BBG 2011 (im Folgenden kurz: PSG-Novelle) bestand die Hoffnung, dass der OGH diese „begünstigtenfeindliche“ Rspr aufgibt. In der sog Beirats-Entscheidung vom 5.8.2009, 6 Ob 42/09h, wurde die Aufsichtsratsähnlichkeit eines Stiftungsbeirats, dem das Recht zur Bestellung und das auf wichtige Gründe eingeschränkte Recht zur Abberufung der Vorstandsmitglieder zukamen, vor allem darauf gestützt, dass auch einem Aufsichtsrat die Bestellung und Abberufung des Vorstands übertragen werden kann. Der Aufsichtsrat dürfe „aber nicht mehrheitlich mit Begünstigten besetzt werden; diese zwingende gesetzliche Anordnung wäre obsolet, wenn anstelle des Aufsichtsrats ein Beirat mit diesen Befugnissen installiert und zur Gänze mit Begünstigten besetzt werden könnte.“ Dieser Judikatur wurde mit der PSG-Novelle der Boden entzogen (R. Briem, Die Novelle zum Privatstiftungsgesetz, PSR 2011, 6 [8]).

Nach überwiegender Auffassung war aus der PSG-Novelle abzuleiten, dass ein Katalog von wichtigen Maßnahmen statuiert werden darf, welche der Zustimmung eines begünstigtendominierten Beirats bedürfen (siehe die Nachweise bei N. Arnold, PSG³ [2007] § 14 Rz 76 f). Zentrales Argument für diese Auffassung ist, dass der Gesetzgeber mit der PSG-Novelle auf die sog Beirats-Entscheidung und die sog Berater-Entscheidung (OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f) reagieren wollte und in Abkehr von der bisherigen Rspr auch einen begünstigtendominierten Stiftungsbeirat zulassen wollte, dem nicht nur das Recht zur Bestellung und das auf wichtige Gründe beschränkte Recht zur Abberufung, sondern auch ein Zustimmungsvorbehalt zu bestimmten wichtigen Maßnahmen zukommt.

Eine Rechtsunsicherheit, wie die Judikatur diese Frage entscheiden wird, blieb trotz der Novelle bestehen (R. Briem, PSR 2011, 8). Dass der OGH – trotz der PSG-Novelle – die Frage möglicherweise negativ entscheiden wird, hat sich bereits mit der Entscheidung vom 24.2.2011, 6 Ob 195/10k, abgezeichnet (Karollus, JBl 2011, 329 [332]). In dieser Entscheidung hat sich der 6. Senat sehr reserviert zur PSG-Novelle geäußert: „Es kann nicht angenommen werden, dass durch eine derartige, ohne breite Diskussion erlassene punktuelle Regelung in einem Sammelgesetz leitende Grundsätze des Privatstiftungsrechts aufgegeben werden.“ Damals stand jedoch nur zur Diskussion, ob durch die PSG-Novelle vom Grundsatz, dass ein Vorstandsmitglied nur aus wichtigem oder sachlichem Grund abberufen werden kann, abgegangen werden sollte. Diese Frage wurde vom OGH zutreffend verneint.

Die PSG-Novelle erleidet somit ein ähnliches Schicksal wie die seinerzeitige Novelle des § 5 UmwG durch das ÜBRÄG 2006, bei welcher der 6. Senat (OGH 7.11.2007, 6 Ob 235/07p) ebenfalls nicht bereit war, die nur in den Gesetzesmaterialien niedergelegten Absichten (Wegfall des Kapitalerhaltungserfordernisses bei der errichtenden Umwandlung) zum Anlass für eine Änderung seiner bisherigen Rspr zu nehmen (Karollus, JBl 2011, 332).

Der OGH stützt sich zur Begründung seiner Auffassung ua auf Csoklich (Folgen der OGH-Entscheidung zum Begünstigteneinfluss beim aufsichtsratsgleichen Beirat, PSR 2010, 4 [18]), wonach die Auffassung, eine Aufsichtsratsähnlichkeit eines Beirats einer Privatstiftung sei schon bei geringeren Kompetenzen, als sie etwa einem Aufsichtsrat einer AG zukommen, gegeben, konsequent sei, weil die im PSG für den Aufsichtsrat vorgesehen (Mindest-)Kompetenzen geringer als jene im Aktienrecht seien. Csoklich bezeichnet diese Konsequenz (nicht diese Ansicht) an anderer Stelle (PSR 2010, 6) als absurd.

Im Rahmen einer Fundamentalkritik ist zur besprochenen Entscheidung kurz festzuhalten:

- Mit der Zuerkennung eines Zustimmungsvorbehalts an den Stiftungsbeirat wird die vom historischen Gesetzgeber beabsichtigte Trennlinie zwischen Begünstigten und Vorstand nicht durchbrochen.
- Das Recht zur Bestellung und das auf wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG beschränkte Abberufungsrecht sind von ihrer Intensität her bedeutsamere Einflussrechte als ein Zustimmungsvorbehalt. Diese Rechte können jedoch nach dem klaren

Gesetzeswortlaut einem begünstigendominierten Stiftungsbeirat eingeräumt werden.

- Im Ergebnis bedeutet diese Rspr, dass den Begünstigten keine Kontrollrechte zuerkannt werden dürfen, welche über die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen – insb Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 30 PSG und nach der Judikatur (OGH 15.10.2012, 6 Ob 157/12z) Antragslegitimation für einen Abberufungsantrag nach § 27 Abs 2 PSG – hinausgehen. Welcher Spielraum dann noch für einen begünstigendominierten Beirat bleibt, welcher nach den Gesetzesmaterialien zu § 14 Abs 2 PSG Beratungs- oder Kontrollorgan sein kann oder nach den Gesetzesmaterialien zu § 15 Abs 2 PSG „mit kontrollierender oder sogar bis zu einem gewissen Grad auch weisungsgebender Funktion“ ausgestattet werden kann, bleibt im Dunklen.

2. Diese Situation ist somit ähnlich jener nach der Beirats-Entscheidung aus dem Jahr 2009. Es bestehen grundsätzlich zwei Varianten, um auf die vorliegende Entscheidung zu reagieren:

2.1. Die erste Möglichkeit ist, die Stiftungserklärung dahingehend zu ändern, dass dem Stiftungsbeirat keine aufsichtsratsähnlichen Befugnisse (wie insb Zustimmungsvorbehalt zu bestimmten wichtigen Maßnahmen, Einsichtsrecht in die Unterlagen der Stiftung, allgemeine Kontrollkompetenz, Kompetenz zur Festlegung der Vergütung der Mitglieder des Vorstands) mehr zukommen (*R. Briem*, Auswirkungen der jüngsten OGH-Judikatur auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen, PSR 2010, 56 [60 ff]). Soll der Katalog von wichtigen Maßnahmen im Kern erhalten bleiben und dennoch ein Stiftungsbeirat vorgesehen werden, der überwiegend aus Begünstigten, deren Angehörigen oder von diesen Beauftragten besteht, so ist es erforderlich, die Regelung dahingehend zu ändern, dass die im Katalog genannten Geschäfte nicht mehr der Zustimmung des Stiftungsbeirats bedürfen, sondern nur noch eine Stellungnahme des Stiftungsbeirats einzuholen ist. Wird der bisherige Zustimmungsvorbehalt durch ein bloßes Anhörungsrecht oder Recht zur Stellungnahme ersetzt, so liegt zwar immer noch ein mögliches Kontrollinstrument vor, doch ist dieses dann bereits derart schwach ausgeprägt, dass nicht mehr von einer Aufsichtsratsähnlichkeit gesprochen werden kann (*R. Briem*, PSR 2010, 60 f).

2.2. Die zweite Möglichkeit ist, die Zusammensetzung des Stiftungsbeirats derart zu ändern, dass der Stiftungsbeirat nicht mehr mehrheitlich aus Begünstigten, deren Angehörigen oder Personen besteht, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsbeirat beauftragt wurden (im Folgenden kurz: beauftragte Personen). Nach der OGH-Entscheidung vom 8.5.2013, 6 Ob 42/13i (ergangen zu § 14 Abs 4 PSG), sind unter beauftragten Personen iSd § 14 Abs 4 PSG auch solche Personen zu verstehen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen bestellt wurden und von diesen jederzeit, auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes, abberufen werden können. Ein derartiger Beirat hängt nach Ansicht des OGH „so sehr am Gängelband der [Anm: begünstigten] Stifterin, dass von einer Unabhängigkeit des Beirates von der Stifterin und deren Willen und Interessen keine Rede sein kann.“ Aus dieser Entscheidung ist abzuleiten, dass Beiratsmitglieder, welche von Begünstigten oder deren Angehörigen bestellt werden, nur dann als unabhängig iSd § 14 Abs 4 PSG gelten, wenn ihre Abberufung auf wichtige Gründe beschränkt ist und eine bestimmte Mindestfunktionsdauer vorgesehen ist (*Karollus*, ZfS 2013, 120 [124 ff]). Infolge des nahezu identen Wortlautes des § 14 Abs 4 und des § 23 Abs 2 Satz 3 PSG sind die Wertungen des § 14 Abs 4 PSG auch auf die Bestimmung des § 23 Abs 2 Satz 3 PSG zu übertragen. Mit anderen Worten: Soll der Stiftungsbeirat weiterhin aufsichtsratsähnlich ausgestaltet sein, dürfen die Begünstigten, ihre Angehörigen (§ 15 Abs 2 PSG) und von diesen Beauftragte (§ 23 Abs 2 Satz 3 PSG) nicht die Mehrheit der Mitglieder des Stiftungsbeirats stellen. Die Stellung der fremden Beiratsmitglieder muss in besonderer Weise abgesichert sein, damit sie nicht als beauftragte Beiratsmitglieder iSd § 23 Abs 2 Satz 3 PSG, somit als unabhängige Beiratsmitglieder gelten.

3. Einen sehr formalistischen Standpunkt nimmt der OGH zur Frage ein, wie die Gründe zur Abberufung der Vorstandsmitglieder in

der Stiftungsurkunde zu regeln sind. Im konkreten Fall wurde die stiftungsurkundliche Regelung, dass der Stiftungsbeirat die Mitglieder des Stiftungsvorstandes aus wichtigen Gründen iSd § 27 Abs 2 PSG abberufen darf, als zu weitreichend angesehen. Vielmehr sei den Gesetzesmaterialien „zu entnehmen, dass in der Stiftungsurkunde dafür vorgesorgt werden muss, dass bei Entscheidungen über eine Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG angeführten Gründen Begünstigten, Angehörigen von Begünstigten oder von Begünstigten oder Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragter Personen nicht mehr als die Hälfte der Stimmen zukommt (981 BlgNR 24. GP, 68). Soweit die geänderte Stiftungsurkunde demgegenüber das Abberufungsrecht des derzeit nur aus Begünstigten bestehenden Stiftungsbeirats gegenüber dem Stiftungsvorstand nicht auf die Abberufungsgründe des § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG beschränkt, liegt darin daher ein Widerspruch zu § 14 Abs 4 PSG.“ Gegen diese Auffassung spricht, dass es sich bei der angesprochenen Bestimmung des § 14 Abs 4 PSG um eine zwingende Regelung handelt und sie damit – entgegen den Gesetzesmaterialien – keiner zusätzlichen Verankerung in der Stiftungsurkunde bedarf. Die vergleichbare Frage, ob es einer ausdrücklichen stiftungsurkundlichen Regelung bedarf, dass Begünstigte und deren Angehörige nicht die Mehrheit der Mitglieder eines aufsichtsratsähnlichen Beirates stellen dürfen, wurde vom OGH unter Hinweis darauf, dass es sich bei § 23 Abs 2 PSG um zwingendes Recht handelt, zu Recht verneint (OGH 13.3.2008, 6 Ob 49/07k; 13.3.2008, 6 Ob 50/07g). Eine stiftungsurkundliche Regelung ist mE nur in jenem Fall notwendig, dass das Stimmrecht der begünstigten Beiratsmitglieder dahingehend gekürzt wird, dass ihnen entgegen dem ansonsten vorgesehenen Kopfstimmrecht bei der Entscheidung über die Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen nicht die Mehrheit der Stimmen zukommen soll (*R. Briem*, PSR 2011, 11). Besteht der Stiftungsbeirat hingegen ohnehin mehrheitlich aus Personen, die nicht dem in § 14 Abs 4 PSG genannten Personenkreis angehören, dann bedarf die Ermächtigung zur Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen keiner stiftungsurkundlichen Erwähnung, wenn die nach der Stiftungsurkunde vorgesehene Abberufungskompetenz ohnehin bereits zur Abberufung aus wichtigem Grund iSd § 27 Abs 2 PSG ermächtigt. Besteht der Stiftungsbeirat hingegen mehrheitlich aus den in § 14 Abs 4 PSG genannten Personen und wurde keine vom Kopfstimmrecht abweichende Stimmrechtsregelung vorgesehen, dann scheidet eben eine Abberufung aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen aus.

4. Der OGH hat weiters die stiftungsurkundliche Regelung beanstandet, wonach die „Bestellung von Begünstigten und Vornahme von Ausschüttungen an Begünstigte“ der Zustimmung des Stiftungsbeirats bedürfen. Der OGH hat hierzu Folgendes ausgeführt:

„Im vorliegenden Fall sind die Begünstigten nicht selbst ‚Stelle‘ iSd § 9 Abs 1 Z 3 zur Festlegung der Begünstigten, sondern die Festlegung der Begünstigten und der Höhe der Ausschüttungen ist an ihre Zustimmung gebunden. Damit können die Begünstigten über ihre eigene Begünstigtenstellung und die Höhe der an sie zu erfolgenden Zuwendungen (mit)entscheiden. Damit verstößt diese Regelung aber geradezu eklatant gegen die von den Gesetzesmaterialien als Gründe für die Unvereinbarkeitsregelung des § 15 Abs 2 PSG angeführte ‚Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung‘ und die Vermeidung von Kollisionen.“

Die Regelung, dass der Stiftungsbeirat die Begünstigten feststellt und damit Stelle iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG ist, ist der Ausnahmefall. Hier wird das in der Literatur behandelte Problem der Selbstbegünstigung der Stelle und der damit verbundenen Interessenkollision schlagend (*N. Arnold*, PSG³, § 5 Rz 45; *Kalss/Müller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge [2010] § 25 Rz 164; *Löffler in Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG [1995] § 5 Rz 15; *Größ*, Rechtsfragen der Begünstigtenstellung, in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts [2001] 205 [221 ff]).

Davon zu unterscheiden sind jedoch die Fragen,

- ob ein Begünstigter als „Stelle“ für die Nachfolge in seiner eigenen Begünstigtenstellung oder für Zuwendungen zulasten seiner eigenen Begünstigtenquote fungieren kann;

- ob ein begünstigtendominierter Stiftungsbeirat beschließen kann, dass Zuwendungen an andere als jene Personen getätigt werden dürfen, welche bereits Begünstigte und allenfalls auch Mitglieder des Stiftungsbeirates sind (wobei die Letztverantwortung über die Gewährung derartiger Zuwendungen immer noch beim Stiftungsvorstand liegt);
- ob einem begünstigtendominierten Stiftungsbeirat Befugnisse hinsichtlich der Entscheidung über die Höhe der Zuwendungen eingeräumt werden dürfen.

4.1. *Zur ersten Frage:* Häufig wird in Stiftungserklärungen geregelt, dass ein Begünstigter – innerhalb eines definierten Kreises möglicher Begünstigter – selbst seinen Nachfolger in der Begünstigtenstellung bestimmen kann. Eine Vererblichkeit der Begünstigtenstellung wird hierdurch nach überwiegender Auffassung nicht begründet (Zollner, Der Verzicht auf die Begünstigtenstellung, in FS Gert Delle Karth [2013] 1075 [1086]; N. Arnold, PSG³, § 5 Rz 54). Weiters gestattet die Stiftungserklärung häufig, dass der Begünstigte bestimmen kann, dass seine möglichen Nachfolger in der Begünstigtenstellung bereits zu seinen Lebzeiten zulasten seiner Begünstigtenquote Zuwendungen von der Stiftung erhalten. In beiden Fällen fungiert damit der Begünstigte als „Stelle“ iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG. Die Begünstigtenstellung der hiernach bestimmten weiteren Begünstigten ergibt sich nämlich nicht unmittelbar aus der Stiftungserklärung, vielmehr ist eine Entscheidung des Begünstigten dazwischengeschaltet. Eine Selbstbegünstigung liegt in diesem Fall nicht vor. Die Objektivität des Stiftungsvorstands beim Vollzug der Begünstigtenregelung ist in diesem Fall nicht beeinträchtigt. Diese Gestaltung ist daher zulässig (siehe auch Zollner, Verzicht, 1086, wonach die Stiftungserklärung einem Begünstigten die Kompetenz einräumen kann, weitere Begünstigte zu bestimmen oder, sofern die Einräumung der Begünstigtenstellung bereits in der Stiftungserklärung erfolgt ist, diesen die Begünstigtenstellung – aus welchen Gründen auch immer – zu entziehen).

4.2. *Zur zweiten Frage:* Auch bei der Entscheidung, dass andere Personen als die bisher Begünstigten Zuwendungen von der Stiftung erhalten dürfen, liegt keine unzulässige Interessenkollision vor. Der begünstigtendominierte Stiftungsbeirat bestimmt hier nicht, dass zugunsten der ihm angehörenden Begünstigten, sondern zugunsten anderer Personen Zuwendungen getätigt werden. Auch hier fungiert der begünstigtendominierte Beirat (und damit mittelbar die Begünstigten) zulässigerweise als „Stelle“ iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG. Wesentlich ist, dass die Entscheidung der „Stelle“ wie auch sonst an die Stelle der Regelungen der Stiftungszusatzurkunde über die Begünstigten tritt. Einem objektiven Vollzug der Begünstigtenregelung durch den Stiftungsvorstand steht auch hier nichts im Wege.

4.3. *Zur dritten Frage:* Überwiegend werden die Begünstigten und deren Nachfolger in der Stiftungszusatzurkunde namentlich bzw bestimmbar genannt. Die Feststellung der Begünstigten ist daher idR nicht das eigentliche Problem. Dieses liegt vielmehr bei der Entscheidung, ob und in welcher Höhe Zuwendungen an die bereits feststehenden Begünstigten entsprechend ihren Begünstigtenquoten getätigt werden. Der Stifter hätte es in der Hand, den Begünstigten einen klagbaren Anspruch auf den Erhalt von Zuwendungen in grundsätzlich unbegrenzter Höhe einzuräumen. Ein stärkeres Recht kann den Begünstigten nicht eingeräumt werden. Gläubigeransprüche dürfen freilich dadurch nicht beeinträchtigt werden (§ 17 Abs 2 Satz 2 PSG); auch ein klagbarer Anspruch ist daher nicht durchsetzbar, soweit im konkreten Einzelfall die Sperre eingreift. Dies ist auch der Grund dafür, dass die Letztverantwortung über die Gewährung von Zuwendungen immer beim Stiftungsvorstand bleiben muss. Hat der Stifter jedoch das Recht, den Begünstigten auch einen klagbaren Anspruch auf die Gewährung von Zuwendungen in grund-

sätzlich unbeschränkter Höhe einzuräumen, so kann er ihnen auch ein rechtlich schwächeres Recht einräumen, nämlich bei der Entscheidung, ob und in welcher Höhe Zuwendungen an die bereits feststehenden Begünstigten entsprechend ihren Begünstigtenquoten getätigt werden, mitzuwirken. Jede andere Auffassung hätte zur Folge, dass man die Begünstigten von der für sie essentiellen Entscheidung über die Gewährung der konkreten Zuwendungen ausschließen würde.

Sofern die primäre Entscheidung über die Höhe der Zuwendungen dem Stiftungsbeirat obliegt, fungiert er damit als „Stelle“ iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG. Die Entscheidungskompetenz einer „Stelle“ kann sich auf die Entscheidung über die Höhe, Art und Häufigkeit der Zuwendungen beschränken (siehe N. Arnold, PSG³, § 5 Rz 12 und 30; Kalls/Müller in Gruber/Kalls/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge, § 25 Rz 163). Eine Interessenkollision der begünstigten Beiratsmitglieder, welche an der konkreten Zuwendungsentscheidung mitwirken, ist selbstverständlich denkbar. Die Interessenkollision besteht jedoch nicht darin, dass ein anderer Begünstigter mehr oder weniger Zuwendungen erhält, als ihm nach den Begünstigtenquoten zustünden, sondern nur, ob alle Begünstigten entsprechend den in der Stiftungszusatzurkunde festgelegten Begünstigtenquoten mehr oder weniger Zuwendungen erhalten. Das Interesse eines Begünstigten, der keine Nachkommen hat, kann etwa darin liegen, dass möglichst viele Mittel in der Stiftung thesauriert werden, während ein anderer Begünstigter, der mehrere Nachkommen hat, höhere laufende Zuwendungen erhalten möchte. Ein Stifter, welcher bestimmt, dass vor der Gewährung von Zuwendungen ein Beiratsbeschluss einzuholen ist und mangels eines Beiratsbeschlusses Zuwendungen in einer bestimmten Höhe zu erfolgen haben, überträgt damit die primäre Entscheidungskompetenz über die Höhe der Zuwendungen auf den Stiftungsbeirat. Es handelt sich damit um eine klare und leicht vollziehbare Regelung. Die Objektivität des Stiftungsvorstands bei Vollzug der derart statuierten Begünstigtenregelungen ist in keiner Weise beeinträchtigt. Sollte der Stiftungsbeirat mit einer Entscheidung über die Höhe der Zuwendungen säumig sein, so geht die Entscheidungskompetenz, wie aus § 5 PSG abzuleiten ist, auf den Stiftungsvorstand über (N. Arnold, PSG³, § 5 Rz 36). Dem OGH ist jedoch zuzustimmen, dass der Stiftungsvorstand als Korrektiv ausscheidet, wenn nicht der Stiftungsbeirat „Stelle“ iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG ist, sondern offenbar der Stiftungsvorstand, dessen Entscheidung dann wiederum der Zustimmung des Stiftungsbeirates bedarf.

5. Die vorliegende Entscheidung trifft neuerlich einen Nerv der Privatstiftung. Bei stifter- bzw familienkontrollierten Privatstiftungen ist es ausdrücklicher Wunsch der Stifter, dass die Angehörigen der Stifter-Familie, welche auch Begünstigte der Privatstiftung sind, Kontroll- und Einflussrechte in Bezug auf die Privatstiftung haben. Dieser Wunsch ist gerechtfertigt, weil die Begünstigten nicht nur Nutznießer, sondern auch Leidtragende des wirtschaftlichen Geschehens in der Privatstiftung sind; nur auf diese Weise kann auch dem vom OGH vielfach beklagten strukturellen Kontrolldefizit in Privatstiftungen wirksam begegnet werden. Ohne eine weitere Novellierung des PSG, die somit dringend erforderlich ist, ist hingegen zu befürchten, dass die Rechte der Begünstigten in freiwilligen Organen durch den OGH weiter beschnitten werden.

Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, diese Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Dies auch deshalb, um die Konkurrenzfähigkeit der österreichischen Privatstiftung im Vergleich zur liechtensteinischen Stiftung zumindest auf zivilrechtlichem Gebiet zu erhalten.

Robert Briem

Dr. Robert Briem ist Rechtsanwalt in Wien.

GesR Z-Jah r eSabo

inklusive **Onlinezugang**
und **app** zum Heft-download

Aktion
Jetzt **20%**
günstiger!



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

GesRZ-Jahresabonnement 2014 inkl. Onlinezugang und App
(43. Jahrgang 2014, Heft 1-6)

EUR 104,-
Statt EUR 130,-

Das Angebot gilt nur für Neuabonnements. Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort E-Mail

Telefon (Fax) Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53