



DDr. Katharina Müller TEP  
 ist Rechtsanwältin und Partnerin bei Müller Partner Rechtsanwälte.  
 k.mueller@mplaw.at



Dr. Martin Melzer, LL.M., TEP  
 ist Rechtsanwalt und Junior Partner bei Müller Partner Rechtsanwälte.  
 m.melzer@mplaw.at

## *Die rechtlichschutzfreundliche Auslegung von Begünstigtenrechten als Beitrag zur Überwindung des Kontrolldefizits in der Privatstiftung?*

**: Abstract: Dieser Beitrag nimmt eine neue höchstgerichtliche Entscheidung zur Zulässigkeit einer Feststellungs-  
 : klage eines Begünstigten einer Privatstiftung zum Anlass für Überlegungen zum Kontrolldefizit  
 : in Privatstiftungen und dessen Überwindung durch rechtlichschutzfreundliche Auslegung und Stärkung von  
 : Begünstigtenrechten.**

### **1. Die Entscheidung des OGH vom 19.11.2014, 3 Ob 120/14i**

In einer aktuellen Entscheidung beschäftigte sich der Oberste Gerichtshof mit der Frage des rechtlichen Interesses eines Begünstigten einer Privatstiftung an der Feststellung der Unwirksamkeit einer Stiftungszusatzurkunde, mit der weitere Begünstigte berufen wurden. Der OGH bejahte hierbei das Vorliegen eines rechtlichen Interesses des Begünstigten. Die Klärung der Frage, ob die Stiftungszusatzurkunde wegen Geschäftsunfähigkeit des Stifters absolut nichtig sei, betreffe nämlich primär die Rechtsgrundlagen der beklagten Privatstiftung, zu der der Kläger als aktuell Begünstigter in einem Rechtsverhältnis stehe.

Wie bereits in zahlreichen anderen Entscheidungen betonte der OGH auch hier, dass sich aus der Eigentümerlosigkeit der Privatstiftung ein Kontrolldefizit ergibt, dem durch die rechtlichschutzfreundliche Auslegung jener Bestimmungen zu begegnen ist, die einzelnen Personen die Legitimation zur Stellung von Anträgen an das Gericht einräumen. Nur auf diese Weise könne das tendenziell bestehende Kontrolldefizit durch eine umfassende Prüfung und Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht ausgeglichen werden. Die Klärung der Rechtsgrundlagen sei als Kontrollausübung im weiteren Sinn zu qualifizieren.

Das rechtliche Interesse als Voraussetzung für die Erhebung der Feststellungsklage sei hingegen dann zu verneinen, wenn die Rechtskraftwirkung des Feststel-

lungsurteils die Beseitigung der Unsicherheit über das Rechtsverhältnis nicht garantieren könne, aber auch dann, wenn dem Kläger ein einfacherer Weg zur Verfügung stehe, um dasselbe Ziel zu erreichen.

Da das PSG keine Bestimmungen darüber enthält, wie die Unwirksamkeit von Stiftungsänderungserklärungen geltend gemacht werden kann, besteht auch kein speziell stiftungsrechtliches Instrument, um sich dagegen zur Wehr zu setzen. Die Mitglieder des Stiftungsvorstandes blieben – nach der Aktenlage – trotz eines vorliegenden Privatgutachtens, das der beklagten Privatstiftung spätestens im Laufe des Feststellungsverfahrens zur Kenntnis gelangte und von der Geschäftsunfähigkeit des Stifters ausging, untätig. Nähere Überlegungen zur Möglichkeit der Erhebung eines Antrags auf Abberufung des Stiftungsvorstandes wegen Untätigkeit (§ 27 Abs 2 PSG) unterließ der OGH, weil auch dadurch das angestrebte Ziel jedenfalls nicht unmittelbar erreicht werden könnte.

Demnach erachtete der OGH das rechtliche Interesse als gegeben und die Erhebung einer Feststellungsklage als zulässig.

### **2. Zum Kontrolldefizit in der Privatstiftung**

Erneut wird in dieser Entscheidung des OGH auf das der Privatstiftung aufgrund ihrer Eigentümerlosigkeit inhärente Kontrolldefizit verwiesen. Nach der Kontrolldefizitjudikaturlinie<sup>1</sup> ist dem Kontrolldefizit durch rechtlichschutzfreundliche Auslegung jener Bestimmun-

1 6 Ob 195/10k JBl 2011, 321 [Karollus] = ecolex 2011/176 [Rizzi] = ZfS 2011, 68 [Kalsj]; 6 Ob 82/11v PSR 2011/30, 117

[Hofmann] = ZfS 2011, 130 [Oberndorfer] = GesRZ 2011, 380 [Hochedlinger]; 6 Ob 244/11t ZfS 2012, 45 (Haslwanger) =



gen zu begegnen, die einzelnen Personen die Legitimation zur Stellung von Anträgen an das Gericht einräumen, kann doch nur auf diese Weise das tendenziell bestehende Kontrolldefizit durch eine umfassende Prüfung und Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht ausgeglichen werden.

Im Folgenden wird der rechtliche und faktische Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung von Privatstiftungen beschrieben und der Frage nachgegangen, ob die Ausweitung von Antragsrechten ein probates Mittel zur Überwindung des stiftungsrechtlichen Kontrolldefizits darstellt.

## 2.1 Foundation Governance

Corporate Governance lässt sich als der rechtliche und faktische Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens definieren.<sup>2</sup> Vereinfacht dargestellt, geht es dabei um die Beziehung der Kapitalgeber (shareholder) zur Unternehmensverwaltung (agent) und den sich aus dieser Beziehung ergebenden Interessengegensatz, den sogenannten „principal-agent-Konflikt“.<sup>3</sup> Unterstellt man, dass jeder Mensch grundsätzlich seinen individuellen Nutzen zu mehren gedenkt, dann kommt es in Konstellationen, in denen die Kapitalgeber als Eigentümer sowie Träger des Risikos und die für das Kapital Handelnden als Manager auseinanderfallen, zwangsläufig zu Interessengegensätzen zwischen dem Handelnden (agent) und demjenigen, in dessen Interesse gehandelt werden soll (principal). Denn es ist ja davon auszugehen, dass der agent seine Kompetenzen systematisch zu seinen Gunsten und auf Kosten des principals nutzen wird, soweit er nicht durch rechtliche und faktische Vorkehrungen daran gehindert ist. Durch Corporate-Governance-Regelungen soll nun ein rechtlicher und faktischer Ordnungsrahmen geschaffen werden, der die

sachgerechte Amtsausübung der Verwaltungsorgane sicherstellen soll.

Die Corporate-Governance-Thematik kann auch auf Stiftungen übertragen werden.<sup>4</sup> Für den Bereich des Stiftungsrechtes hat sich hierzu der Begriff der Foundation Governance<sup>5</sup> herausgebildet. Darunter versteht man die Übertragung des rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmens für die Überwachung eines Unternehmens auf Stiftungen und vergleichbare Organisationen. Aufgrund des von Körperschaften abweichenden Organisationsgefüges der Stiftung ergeben sich ganz spezifische Fragen im Zusammenhang mit der Kontrolle des Vorstands als Handlungsorgan. Im Gegensatz zu Körperschaften, bei denen in der Regel ein Organ vorhanden ist, das die Eigentümerinteressen wahrnimmt, und ein Handlungsorgan, das mit der Aufgabe der laufenden Zweckverwirklichung betraut ist, fehlt es bei der Stiftung – als eigentümerlosem Zweckvermögen – an einem Organ, das die Eigentümerinteressen vertritt. *Kalss*<sup>6</sup> spricht in diesem Zusammenhang von einem Kontrolldefizit bei der Privatstiftung. Andererseits scheint aber gerade das stiftungsrechtliche Organisationsgefüge durch seine Vielzahl von Beteiligten und Interessen, unzählige Gestaltungsvarianten zu eröffnen, um eine wirksame Kontrolle des Handlungsorgans zu gewährleisten.<sup>7</sup>

Generell bieten sich für ein Foundation-Governance-Modell zwei unterschiedliche Ansatzpunkte an. Zum einen kann die Kontrolle durch einen staatlichen Kontrollkörper – sei er verwaltungsbehördlicher oder gerichtlicher Natur – vorgenommen werden („externe Governance“), zum anderen kann die Kontrolle aber auch in die Hände der Stiftungsbeteiligten selbst gelegt werden, indem ihnen gegenseitige Kontrollrechte zugewiesen werden („interne Governance“).<sup>8</sup> Das Foundation-Governance-Konzept des PSG lässt

PSR 2012/10 S = GeS 2012, 142 = ZUS 2012/11 = EvBl-LS 2012/77 = RdW 2012/285 = wbl 2012, 349/129 = JEV 2012, 71/18 = AnwBl 2012, 358; OGH 15.10.2012, 6 Ob 157/12b PSR 2012/49 S 179 (Murko) – PSR 2012,179 (Murko) = ZUS 2012/53 S 178 (Schäfer, tabellarische Übersicht) – ZUS 2012,178 (Schäfer, tabellarische Übersicht) = GES 2013,19 = NZ 2013/27 S 49 (*Haberer*) – NZ 2013,49 (*Haberer*) = wbl 2013,109/39 – wbl 2013/39 = AnwBl 2013,105 = ZfS 2013,21 = PSR 2013/4 S 16 (*Zollner*, Judikaturübersicht) – PSR 2013,16 (*Zollner*, Judikaturübersicht) = GesRZ 2013,103 (*Zollner*) = EvBl 2013/53 S 367 – EvBl 2013,367 = RdW 2013/74 S 77 – RdW 2013,77 = eclex 2013/137 S 350 (*Rizzi*) – eclex 2013,350 (*Rizzi*).

2 Vgl die Präambel des Österreichischen Corporate Governance Kodex idF 1.6.2007; vgl auch die Auflistung aktueller Definitionen von Corporate Governance bei *Haeseler/Gampe*, Corporate Governance, Wien (2002), 104.

3 Vgl dazu weiterführend *Haeseler/Gampe*, Corporate Governance, Wien (2002), 103 ff; *Briem*, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur,

GesRZ 2009, 12; *Jakob*, Das neue System der Foundation Governance – interne und externe Stiftungsaufsicht im neuen liechtensteinischen Stiftungsrecht, LJZ 2008, 83; *derselbe*, Die liechtensteinische Stiftung, Vaduz (2009), 195.

4 Vgl *Briem*, GesRZ 2009, 12. Siehe auch weiterführend *Müller*, in *Müller* (Hrsg) Handbuch Stiftungsmanagement Rz 1–17.

5 Vgl etwa *Schauer*, Grundelemente des neuen liechtensteinischen Stiftungsrechts und die rechtsvergleichende Perspektive, in *Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen, Vaduz* (Hrsg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, Vaduz (2008), 28.

6 Die Privatstiftung als Baustein des Gesellschaftsrechts, in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, Wien (2001), 57.

7 Zum „Dispositivmodell im liechtensteinischen Stiftungsrecht“ siehe *Melzer*, Das österreichische Privatstiftungsrecht und das neue liechtensteinische Stiftungsrecht im Vergleich (2010), 166 ff.

8 Siehe *Jakob*, LJZ 2008, 83.

sich wohl als eine Mischform zwischen externer und interner Governance beschreiben. Die stärksten Kompetenzen im Zusammenhang mit der laufenden Kontrolle der Privatstiftung werden nach dem PSG den Gerichten zugewiesen.<sup>9</sup> Daneben sind verschiedene Mechanismen der internen Kontrolle vorgesehen, die durch den Stiftungsvorstand,<sup>10</sup> den Stiftungsprüfer,<sup>11</sup> gegebenenfalls den Aufsichtsrat,<sup>12</sup> die weiteren Organe nach § 14 Abs 2 PSG sowie die Begünstigten wahrgenommen werden.

### 2.1.1. Die interne Kontrolle im Rahmen des PSG

Die interne Kontrolle einer Privatstiftung wird im Wesentlichen durch die Stiftungsorgane wahrgenommen, den Begünstigten räumt das PSG dagegen vergleichsweise geringe Kontrollrechte ein. Das Gesetz geht dabei von einem Modell der zweifachen stiftungs-internen Kontrolle, nämlich wechselseitig durch die einzelnen Organe, zugleich aber auch wechselseitig innerhalb eines Organs, aus.<sup>13</sup> Letzteres ergibt sich aus den nicht durch die Stiftungserklärung abdingbaren Vorschriften über die Zusammensetzung des Stiftungsvorstandes, der aus mindestens drei Mitgliedern zu bestehen hat (§ 15 Abs 1 PSG). Es war auch das erklärte Ziel des Gesetzgebers, durch diese Bestimmung ein sich selbst kontrollierendes Ausführungsorgan der Privatstiftung zu schaffen.<sup>14</sup> Ist diese wechselseitige Kontrolle der einzelnen Mitglieder des Stiftungsvorstandes im Einzelfall nicht gewährleistet, wie es etwa bei Rechtsgeschäften zwischen der Privatstiftung und einem Mitglied des Stiftungsvorstandes der Fall sein könnte, wird die Kontrolle zusätzlich durch das Gericht wahrgenommen. Ein solches Rechtsgeschäft bedarf nach § 17 Abs 5 PSG der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes und des Gerichts.<sup>15</sup>

Neben dem Stiftungsvorstand als sich selbst überwachendes Kontrollorgan soll die interne Kontrolle der Privatstiftung vor allem durch den Stiftungsprüfer erfolgen.<sup>16</sup> Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht stellt der Umstand, dass auch der Stiftungsprüfer Organ ist,

eine Besonderheit dar. Die gesetzgeberische Absicht dahinter war es, dem Stiftungsvorstand ein ständiges Kontrollorgan zur Seite zu stellen.<sup>17</sup> Neben seinem in § 21 PSG festgelegten Aufgabenbereich kommen dem Stiftungsprüfer, bedingt durch seine Organstellung, noch weitergehende Befugnisse zu, wie etwa das Recht, die Anordnung einer Sonderprüfung nach § 31 PSG zu beantragen oder eine gerichtliche Bestellung oder Abberufung von Mitgliedern eines Stiftungsorgans nach § 27 PSG zu beantragen. Aus der Organstellung ist aber gleichzeitig ableitbar, dass der Stiftungsprüfer nicht nur das Recht, sondern vielmehr sogar die Pflicht zur Setzung von Maßnahmen hat.<sup>18</sup> Neben dem Stiftungsvorstand und dem Stiftungsprüfer ist bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Aufsichtsrat zu bestellen. Ist ein Aufsichtsrat eingerichtet, so obliegt es diesem nach § 25 Abs 1 PSG, die Geschäftsführung und Gebarung der Privatstiftung zu überwachen.<sup>19</sup> In aller Regel haben aber Privatstiftungen keinen Aufsichtsrat.<sup>20</sup>

Die Möglichkeit, eine gerichtliche Bestellung und Abberufung von Stiftungsorganen nach § 27 PSG zu beantragen, stellt ein internes Veranlassungselement innerhalb der externen Governance dar. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wer hier antragslegitimiert ist. Das Gesetz schweigt dazu, deshalb sind die Grundsätze des außerstreitigen Verfahrens heranzuziehen (§ 40 PSG). Die Antragsbefugnis hängt sohin davon ab, ob der jeweiligen Person ein rechtliches Interesse zukommt. Antragslegitimiert sind daher jedenfalls Stiftungsorgane und einzelne Organmitglieder.<sup>21</sup> Der Stifter ist nur dann antragslegitimiert, wenn und soweit ihm in der Stiftungserklärung subjektive Rechte eingeräumt wurden, die durch die Bestellung/Abberufung beeinträchtigt würden.<sup>22</sup> Was die Antragslegitimation der Begünstigten angeht, ist eine solche den aktuell Begünstigten sowie ehemaligen aktuell Begünstigten zuzuerkennen. Bei letzteren aber nur, soweit als Abberufungsgründe Gründe angeführt werden, die sich auf die Verletzung von Pflichten gegenüber dem Begünstigten beziehen.<sup>23</sup> Bloß potentiell Begünstigte sind

9 Siehe *Briem*, GesRZ 2009, 14; vgl insbesondere § 27 Abs 1 und 2 PSG, § 17 Abs 5 PSG und § 30 Abs 2 PSG.

10 Vgl § 15 Abs 1 PSG.

11 Vgl § 21 Abs 1 PSG, § 31 Abs 1 PSG und § 27 Abs 2 PSG.

12 Vgl § 25 Abs 1 und 3 PSG.

13 Siehe nur *Kalss*, Die Privatstiftung als Baustein des Gesellschaftsrechts, in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen (2001), 37.

14 ErlRV zum § 15 Abs 1 PSG, abgedruckt bei *Arnold N.*, Privatstiftungsgesetz<sup>3</sup>, Kommentar (2013), 739: Durch die Vorschriften über die Zusammensetzung des Stiftungsvorstandes soll ein möglichst effektives, professionelles und zugleich sich selbst kontrollierendes Ausführungsorgan der Privat(rechts)stiftung geschaffen werden.

15 Vgl hierzu weiterführend *Briem*, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, ZUS 2012, 60 ff.

16 *Briem*, GesRZ 2009, 13; Zum Stiftungsprüfer siehe weiterführend *Bernhart/Rath*, in *Müller* (Hrsg) Handbuch Stiftungsmanagement (2014) Rz 893 ff.

17 Siehe ErlRV zu § 14 PSG abgedruckt bei *Arnold*, PSG<sup>3</sup> 739.

18 Siehe ErlRV zu § 20 PSG, abgedruckt bei *Arnold*, PSG<sup>3</sup> 740.

19 Zum Aufsichtsrat siehe weiterführend *Müller*, in *Müller* (Hrsg) Handbuch Stiftungsmanagement (2014) Rz 893 ff.

20 Zum Stichtag 31.12.2012 hatten nur 0,82 % der im Firmenbuch eingetragenen Privatstiftungen einen Aufsichtsrat; *Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 22 Rz 1.

21 OGH 6 Ob 195/10k.

22 *Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 27 Rz 28.

23 OGH 6 Ob 157/12z.



grundsätzlich nicht antragslegitimiert, es könnte aber erwogen werden, diesen – ähnlich wie beim Informationsrecht – bei Hinzutreten eines qualifizierenden Elements, die Antragslegitimation zuzugestehen.<sup>24</sup>

Generell scheinen die Begünstigten, als *wirtschaftliche Nutznießer*<sup>25</sup> der Privatstiftung mit einem *besonderen Kontrollinteresse*<sup>26</sup>, geradezu prädestiniert, die interne Kontrolle einer Privatstiftung vorzunehmen. Begünstigte einer Privatstiftung mit einem geschlossenen Begünstigtenkreis sind durch ähnliche Interessen wie der wirtschaftliche Eigentümer<sup>27</sup> des Stiftungsvermögens charakterisiert.<sup>28</sup> Dennoch räumt das Gesetz den Begünstigten nur sehr wenige Rechte ein. Das einzig praktisch bedeutsame Kontrollinstrument, welches nach dem Gesetz den Begünstigten zugestanden wird, ist das Auskunftsrecht nach § 30 Abs 1 PSG.<sup>29</sup> Das Recht eine Sonderprüfung zu beantragen, kommt den Begünstigten hingegen nicht zu (§ 31 Abs 1 PSG). Allerdings steht es dem Stifter frei, durch entsprechende Gestaltung der Stiftungserklärung den Begünstigten eine stärkere Position innerhalb der Stiftung einzuräumen.<sup>30</sup> In diesem Punkt ist das PSG grundsätzlich von einer gesetzlichen Offenheit mit einer weitgehenden Gestaltungsfreiheit des Stifters gekennzeichnet.<sup>31</sup> Einschränkungen ergeben sich hier vor allem durch die gesetzlich normierten Unvereinbarkeitsbestimmungen und die Judikatur zum sogenannten „aufsichtsratsähnlichen Beirat“.<sup>32</sup> Letztlich folgt aus der Kombination von bescheidenen gesetzlichen Begünstigtenrechten mit weitreichenden Unvereinbarkeitsbestimmungen, die es dem Stifter nur sehr begrenzt ermöglichen, den Begünstigten Einfluss auf die Geschäftsführung der Stiftung einzuräumen, dass gerade die Personen, die vor allem auch im Hinblick auf die Zeit nach dem Tod der/s Stifter/s geradezu prädestiniert wären, die Stiftung zu kontrollieren, von der Kontrolle mehr oder minder ausgeschlossen werden. Die in der Praxis gängige Vorgehensweise, den Begünstigten über die Mitgliedschaft in einem Stiftungsbeirat die Möglichkeit

der Einflussnahme und Kontrolle des Stiftungsgeschehens zu eröffnen, wurde durch die Judikatur<sup>33</sup> zum sogenannten „aufsichtsratsähnlichen Beirat“ empfindlich eingeschränkt.<sup>34</sup> In der letzten einschlägigen Entscheidung vom 9.9.2013, 6 Ob 139/13d hielt 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.<sup>35</sup>

### 2.1.2. Die externe Kontrolle im Rahmen des PSG

Wie bereits erwähnt, sind die externen Elemente der Kontrolle einer Privatstiftung relativ stark ausgeprägt. Die stärksten Kompetenzen im Zusammenhang mit der laufenden Kontrolle der Privatstiftung werden dabei den Gerichten zugewiesen.<sup>36</sup> Das gesetzgeberische Motiv für die starke Gewichtung zugunsten der gerichtlichen Befugnisse ist wiederum das der Privatstiftung immanente „strukturelle Kontrolldefizit“.<sup>37</sup> Bei den den Gerichten übertragenen Befugnissen handelt es sich einerseits um solche im Zusammenhang mit der Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch und andererseits um laufende Kontrollbefugnisse. Allerdings ist die Ausübung der Kontrolle in vielen Fällen, wie etwa bei der Bestellungskompetenz des Gerichtes nach § 27 Abs 1 PSG, nur subsidiär und in anderen Fällen, etwa bei der Anordnung einer Sonderprüfung nach § 31 PSG, wird das Gericht überhaupt nur über Antrag eines Stiftungsorganes tätig.

Bezüglich der laufenden Kontrolle der Privatstiftung verfolgt das PSG ein anderes Konzept als das BStFG. Während gemäß § 13 BStFG die Stiftungsbehörde die Aufsicht über die Stiftung wahrzunehmen hat und dabei die Erhaltung des Stammvermögens, die Erfüllung des Stiftungszwecks und die ordnungsgemäße Verwaltung der Stiftung sicherzustellen hat, gibt es nach dem PSG keine generelle gerichtliche Aufsicht

24 Siehe nur *Kalss/Zollner*, Die gesetzlichen Rechte der Begünstigten, GesRZ 2008, 137.

25 Vgl dazu etwa *Strasser*, Gedanken zu einem aus Begünstigten zusammengesetzten Beirat einer Privatstiftung, JBl 2000, 488.

26 Siehe ErlRV zum § 23 Abs 2 PSG, abgedruckt bei *Arnold N.*, Privatstiftungsgesetz<sup>3</sup>, Kommentar (2013), 740.

27 So wird man etwa einen Stifter bezeichnen können, der sich das bedingungslose Widerrufsrecht vorbehalten hat und selbst Letztbegünstigter ist. Durch den Widerruf kann hier die ursprüngliche Vermögenswidmung jederzeit rückgängig gemacht werden. Siehe nur *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 131 Fn 54.

28 *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 131; *Hofmann*, Der Auskunftsanspruch des Begünstigten einer Privatstiftung, GesRZ 2006, 18; *Kalss*, in FS für Karsten Schmidt, 859; *dieselbe*, Kathrein & Co-Stiftungsletter, Ausgabe 11 (2008), 4; *dieselbe*, JEV 2008, 49.

29 *Briem*, GesRZ 2009, 13;

30 Siehe dazu *Kalss*, JEV 2008, 51 ff; *dieselbe*, in FS für Karsten Schmidt, 8621 ff; *dieselbe*, Kathrein & Co-Stiftungsletter, Ausgabe 11 (2008), 5.

31 Siehe nur *Kalss*, Einfluss von Begünstigten, in FS für Karsten Schmidt, 867 f; *dieselbe*, Ausgabe 11 (2008), 5; vgl dazu auch *Zollner*, Kathrein & Co-Stiftungsletter, Ausgabe 13 (2009), 13 f.

32 Vgl § 15 Abs 2 PSG; § 20 Abs 3 PSG; § 23 Abs 2 Satz 2 PSG.

33 OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09 h; 9.9.2013, 6 Ob 139/13d.

34 Siehe hierzu *Melzer*, in *Müller* (Hrsg) Handbuch Stiftungsmanagement (2014) Rz 881 ff.

35 Siehe hierzu insbesondere die ausführliche Entscheidungsbesprechung von *Briem*, GesRZ 2014, 63 ff.

36 Siehe *Briem*, GesRZ 2009, 14; vgl insbesondere § 27 Abs 1 und 2 PSG, § 17 Abs 5 PSG und § 30 Abs 2 PSG.

37 ErlRV zum § 31 PSG, ErlRV, abgedruckt bei *Arnold*, PSG<sup>3</sup>, 745.

der Stiftungsverwaltung. Vielmehr normiert das PSG eine Vielzahl von Einzelatbeständen, die dem Gericht eine laufende Kontrolle der Privatstiftung ermöglichen sollen.<sup>38</sup> So werden dem Gericht etwa Organbestellungskompetenzen bzw -abberufungskompetenzen eingeräumt, welche von diesem zum Teil erstzuständig und zum Teil subsidiär auszuüben sind. Das Gericht bestellt sohin in Erstzuständigkeit gemäß § 11 Abs 2 PSG den Gründungsprüfer, gemäß § 20 Abs 1 PSG den Stiftungsprüfer und gemäß § 24 Abs 1 PSG den Aufsichtsrat, freilich mit Ausnahme des ersten Aufsichtsrates, welcher bei Errichtung der Privatstiftung bestellt wird. In § 27 Abs 1 PSG wird weiters die zwingende subsidiäre gerichtliche Bestellbefugnis im Zusammenhang mit Stiftungsorganen normiert. In der Stiftungserklärung kann die Zuständigkeit des Gerichtes zur Organbestellung nicht umgangen werden.<sup>39</sup> Sie kommt allerdings nur subsidiär zum Tragen, sodass ihr allfällige Bestellungsregelungen in der Stiftungserklärung grundsätzlich vorgehen. Schließlich hat das Gericht gemäß § 27 Abs 2 PSG ein Mitglied eines Organs auf Antrag oder von Amts wegen abzurufen, wenn dies die Stiftungserklärung vorsieht oder sonst ein wichtiger Grund vorliegt.

Neben diesen Bestellungs- und Abberufungskompetenzen kommen dem Gericht noch zahlreiche weitere Aufgaben zu. Zu nennen ist hier insbesondere die Genehmigung von Rechtsgeschäften zwischen der Privatstiftung und einem Mitglied des Stiftungsvorstandes gemäß § 17 Abs 5 PSG.<sup>40</sup> Solche Rechtsgeschäfte bedürfen – sofern kein freiwilliger oder obligatorischer Aufsichtsrat eingerichtet ist – der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstandes und des Gerichtes. In diesem Genehmigungsverfahren kommt dem Mitglied des Stiftungsvorstandes keine Parteistellung zu.<sup>41</sup> Fraglich ist, ob von § 17 Abs 5 PSG – entgegen dessen Wortlaut – auch Rechtsgeschäfte zwischen der Privatstiftung und einer Gesellschaft, an der ein Mitglied des Stiftungsvorstandes beteiligt oder bei der es Mitglied eines Organs ist, erfasst sind. ME spricht

der Zweck dieser Bestimmung, nämlich die Privatstiftung vor einer Übervorteilung zu schützen, wohl dafür, darunter auch Rechtsgeschäfte mit Gesellschaften zu subsumieren, deren Vertreter das betreffende Mitglied des Stiftungsvorstandes ist oder an denen dieses beteiligt ist.<sup>42</sup> Mit *Arnold*<sup>43</sup> ist der Anwendungsbereich des § 17 Abs 5 PSG interpretativ auf all jene Fälle zu erweitern, in denen der Geschäftsabschluss zumindest wirtschaftlich einem solchen mit dem Mitglied des Stiftungsvorstandes gleichkommt. Freilich ist dabei eine streng einzelfallsbezogene Abgrenzung vorzunehmen.

Ein wichtiges Instrument der Kontrolle der Privatstiftung stellt die Möglichkeit jedes Stiftungsorganes dar, bei Gericht die Einleitung einer Sonderprüfung zur Wahrung des Stiftungszwecks zu beantragen (§ 31 Abs 1 PSG). Da eine Sonderprüfung nur über Antrag eines Stiftungsorganes angeordnet werden kann und das Gericht ein solches Verfahren nicht von Amts wegen einleiten kann, handelt es sich hierbei um eine Mischform zwischen einem internen und einem externen Kontrollelement. Es kann hier von einem internen Veranlassungselement innerhalb der externen Governance gesprochen werden.<sup>44</sup> Das Gericht hat einem Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung stattzugeben, wenn darin im Sinne des § 31 Abs 2 PSG glaubhaft gemacht wird, dass Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungserklärung vorgekommen sind.<sup>45</sup> Die Sonderprüfung ist nicht zwingend durch einen Sonderprüfer durchzuführen. In den Materialien<sup>46</sup> wird dazu ausgeführt, dass das Vorliegen von Unredlichkeiten oder grober Verletzungen des Gesetzes auch mit Urkunden oder durch sonstige Beweismittel dargelegt werden könnte. Aufgrund des Verweises in § 33 Abs 4 PSG sind für die Sonderprüfung selbst und die Bestellung des Sonderprüfers § 20 Abs 2 und 3 sowie § 21 Abs 2 PSG heranzuziehen.<sup>47</sup> Im Rahmen einer Sonderprüfung können das Gericht und gegebenenfalls der Sonderprüfer auch die Offenlegung der Stiftungszusatzurkunde verlangen. Schließlich hat das Gericht aufgrund der Ergebnisse

38 Vgl § 8 Abs 3 und 4; § 11 Abs 2 und 3 zweiter Satz; § 17 Abs 5, § 20 Abs 1, § 21 Abs 4, § 24 Abs 1 und 2, § 27 Abs 1 und 2, § 30 Abs 2, § 31, § 33 Abs 2, § 35 Abs 3 und 4, § 37 Abs 2 und 3 PSG.

39 Siehe ErlRV zum § 27 Abs 1 PSG, abgedruckt bei *Arnold, PSG* 744.

40 Vgl dazu weiterführend *Briem, ZUS* 2012, 60 ff.

41 OGH 14.9.2006, 6 Ob 199/06 t.

42 Siehe dazu *Arnold, PSG* § 17 Rz 92a; *Schmidt*, Organe der Privatstiftung, in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, Wien (2001), 187 f *Briem*, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, *ZUS* 2012, 60 ff.; aA *Csoklich*, Rechtsgeschäfte mit und Vergütung von Vorstandsmitgliedern, *ZfS* 2006, 100, *Kalss*, Interessenkonflikte in der Privatstiftung – In-sichge-

schäfte eines Vorstandsmitglieds mit der Privatstiftung gem. § 17 Abs. 5 PSG, *Kathrein & Co-Stiftungsletter*, Ausgabe 13 (2009), 7; vgl auch *Norwojny Ch.*, In-sichgeschäfte bei der Privatstiftung, *ecolx* 2007, *Script* 6, 5 ff.

43 *PSG* § 17 Rz 92a; aA *Csoklich*, *ZfS* 2006, 100; *Kalss*, *Kathrein & Co-Stiftungsletter*, Ausgabe 13 (2009), 7.

44 So zur liechtensteinischen Stiftung *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung, 206.

45 *Fischer*, Die Organisationsstruktur der Privatstiftung, Wien (2004), 110.

46 ErlRV zum § 31 Abs 3 PSG, abgedruckt bei *Arnold, PSG* 745.

47 Weiters kommt hinsichtlich des Auskunftsrechts § 272 UGB sinngemäß zur Anwendung.



der Sonderprüfung festzustellen,<sup>48</sup> ob die behaupteten Unredlichkeiten oder groben Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungserklärung vorgekommen sind, und für die erforderlichen Maßnahmen zur Wahrung des Stiftungszwecks Sorge zu tragen (§ 31 Abs 5). Zu denken wäre hierbei insbesondere an eine gerichtliche Abberufung der betroffenen Organmitglieder gemäß § 27 Abs 2 Z 1 PSG.

### 3. Überwindung des Kontrolldefizits durch rechtlichfreundliche Auslegung von Antragsrechten?

Das Kontrolldefizit in der Privatstiftung ist unmittelbar durch das Konzept der Privatstiftung als Eigentümerloses Zweckvermögen bedingt. Diesem Kontrolldefizit kann naturgemäß am besten durch eine verstärkte Einbeziehung der wirtschaftliche Nutznießer des Stiftungsvermögens mit einem besonderen Kontrollinteresse, nämlich der Begünstigten, begegnet werden. Durch die strenge Judikaturlinie zum aufsichtsratsähnlichen Beirat ist diesem zu bevorzugenden Konzept einer internen und zudem präventiven Kontrolle in der Privatstiftung der Boden entzogen. Denn wie *Briem* zutreffend ausführt, bedeutet diese Rspr im Ergebnis, 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 Antragslegitimation für einen Abberufungsantrag nach § 27 Abs 2 PSG – hinausgehen. Welcher Spielraum dann noch für einen begünstigtendominierten 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.<sup>49</sup>

Der OGH begegnet dem Kontrolldefizit von einer anderen Seite herkommend: nämlich durch die rechtlichfreundliche Auslegung jener Bestimmungen, die einzelnen Personen die Legitimation zur Stellung von Anträgen an das Gericht einräumen. Damit wird die interne Veranlassung von externen Kontrollmechanismen in den Vordergrund gerückt. Der OGH geht

davon aus, nur auf diese Weise könne das tendenziell bestehende Kontrolldefizit durch eine umfassende Prüfung und Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht ausgeglichen werden. Im Ergebnis verschiebt sich die Governance in der Privatstiftung daher von einer präventiven, internen Kontrolle durch diejenigen Personen, die in einem Naheverhältnis zur Privatstiftung stehen (etwa durch Zustimmungsrechte eines Begünstigtenbeirates) hin zu einer reaktiven (und auch repressiven), externen Kontrolle durch die Gerichte. Das Gericht kann aber immer nur aus einer distanzierten Aufsichtsfunktion heraus urteilen und Maßnahmen setzen, die sanktionieren (Abberufung), aber nicht regelnd eingreifen. Damit entfällt aber das Prinzip der eigentlichen (auch regelnd und steuernd eingreifenden) Kontrolle überhaupt. Gefördert wird dadurch nicht das Funktionieren der Privatstiftung, sondern lediglich die Anzahl von streitigen Privatstiftungen. Letztendlich ist der Begünstigte darauf verwiesen, über das Gericht tätig zu werden, weil ihm verwehrt ist, im Rahmen eines echten Kontrollorgans Maßnahmen zu setzen. Auch aus Gründen der Diskretion ist dieser Weg unbefriedigend, führt er doch dazu, dass Streitigkeiten in der Stiftung nach außen getragen werden müssen.<sup>50</sup>

### 4. Ergebnis

Die Situation ist daher mehr als unbefriedigend. Wird dem Stifter die Möglichkeit genommen, sich und seinen Familienangehörigen über einen Familienbeirat eine Kontrolle des Stiftungsgeschehens zu eröffnen, so mindert dies beträchtlich die Attraktivität der Rechtsform Privatstiftung und schließt diejenigen, die dazu am besten geeignet wären, von Kontrollfunktionen aus. Die Governance der Privatstiftung wird dadurch geschwächt. Die (großzügige) Einräumung von Antragsrechten ist kein geeigneter Ersatz für eine funktionierende interne Kontrolle.

Das Kontrollkonzept des PSG ist indes in eine gewisse Schiefelage geraten. Aufgrund des Gesetzes ist jedenfalls zulässig, einem mit Begünstigten besetzten Beirat die Bestellungs- und Abberufungskompetenz hinsichtlich des Stiftungsvorstands einzuräumen. Warum diese Kompetenz sich mit den Unvereinbarkeitsbestimmungen in Einklang bringen lässt, punktu-

48 Problematisch ist die hier enthaltene Verpflichtung des Gerichtes eine ausdrückliche Negativfeststellung aufzunehmen, denn selbst im Rahmen einer Sonderprüfung stehen nicht notwendigerweise alle Unterlagen und Informationen zur Verfügung. Eine solche (Negativ-)Feststellung befreit das Stiftungsorgan jedenfalls nicht von den Haftungsfolgen nach § 29 PSG. Siehe dazu weiterführend *Arnold N.*, Privatstiftungsgesetz<sup>3</sup>, Kommentar (2013), § 31 Rz 36.

49 GesRZ 2014, 67.

50 Schon aus diesem Grund empfiehlt es sich, Schiedsklauseln in die Stiftungserklärungen aufzunehmen. Siehe dazu *Müller*, Schiedsfähigkeit stiftungsrechtlicher Konflikte – Durchsetzung von Begünstigtenrechten im österreichischen Privatstiftungsrecht, in *Schurr* (Hrsg), Wandel im materiellen Stiftungsrecht und grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung durch Schiedsgerichte, 199 ff.

elle Kontroll- und Zustimmungsrechte aber nicht, ist nicht nachvollziehbar. Aus unserer Sicht ist gerade das Recht den Vorstand zu bestellen (und sei es auch für eine geforderte Mindestfunktionsperiode) das stärkste Instrument des Begünstigten, in die Verwaltung der Privatstiftung einzugreifen. Gerade die Auswahl des zentralen Leitungsorgans der Privatstiftung kann allenfalls instrumentalisiert werden, um auf die Vollziehung der Begünstigtenregelungen<sup>51</sup> Einfluss zu nehmen. Die Ausübung von Kontrollrechten hingegen erscheint in viel geringerem Ausmaß geeignet, die objektive Vollziehung der Stiftungserklärung durch den Vorstand zu gefährden. Ganz im Gegenteil, die Ausübung von Kontrolle dient immer dem Interesse aller, selbst wenn sie nur durch einige wenige ausgeübt wird. Nicht das Ausüben von Kontrolle gefährdet die Interessen einzelner, sondern allenfalls die Nichtausübung. Gegen die Nichtausübung stehen aber wiederum die allgemeinen Antragsrechte, insbesondere das Recht, einen Abberufungsantrag hinsichtlich der Stiftungsorgane zu stellen, zur Verfügung. Gerade die Ausweitung der reaktiven Begünstigtenrechte ermöglicht aus unserer Sicht die Überwindung der (vermeintlichen) Schwächen eines internen Kontrollsystems, nämlich die Gefährdung der objektiven Vollziehung der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand. Wenn einzelne Begünstigte ihre starke Stellung im Organisationsgefüge der Privatstiftung dazu verwenden, die Objektivität des Stiftungsvorstandes zu beeinflussen, können sich die anderen Begünstigten über ihre Antragsrechte dagegen wehren.

Die Ausweitung der Antragslegitimation ist daher notwendige Ergänzung, nicht aber Ersatz einer funktionierenden internen Kontrolle.

Da nicht zu erwarten ist, dass der OGH von seiner Judikatur zum aufsichtsratsähnlichen Beirat abgehen wird, ist der Gesetzgeber am Zug. Wie bereits erwähnt, eröffnet das stiftungsrechtliche Organisationsgefüge durch seine Vielzahl von Beteiligten und Interessen, unzählige Gestaltungsvarianten, um eine wirksame Kontrolle des Handlungsorgans zu gewährleisten. Man muss es nur (gesetzlich) zulassen. Das Beispiel Liechtenstein zeigt, dass ein Stiftungsrecht auch ohne Unvereinbarkeitsbestimmungen funktioniert. Was die Möglichkeiten der Ausgestaltung des Kontrollkonzeptes betrifft, ist die österreichische Privatstiftung ihrer erklärten Konkurrentin derzeit klar unterlegen.<sup>52</sup>

Unseres Erachtens sind die Unvereinbarkeitsbestimmungen im PSG grundsätzlich kritisch zu hinterfragen. Die Praxis zeigt, dass aufgrund der Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten, die uns die Rechtsprechung in Umsetzung der Unvereinbarkeitsbestimmungen bei der Gestaltung von Begünstigtenrechten auferlegt, eine identifikationsstiftende Verankerung der Begünstigten in der Stiftung kaum möglich ist und die Begünstigten gezwungen werden, ihre Rechte ausschließlich gerichtlich wahrzunehmen und damit mit der Privatstiftung in Konflikt zu treten. Es stellt sich die Frage, ob man der Privatstiftung, als Instrument zur Nachfolgeplanung und Vermeidung damit einhergehender Konflikte, mit dieser Entwicklung gerecht wird.

51 Die Wahrung der Objektivität des Stiftungsvorstandes bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung ist ratio der Unvereinbarkeit des § 15 Abs 2 PSG; siehe ErlRV zum § 15 Abs 2 PSG, ErlRV, abgedruckt bei *Arnold, PSG*<sup>3</sup>, 739.

52 Siehe auch zum „Dispositivmodell im liechtensteinischen Stiftungsrecht“ *Melzer, Das österreichische Privatstiftungsrecht und das neue liechtensteinische Stiftungsrecht im Vergleich* (2010), 166 ff.