

# STIFTUNGSWESEN

STIFTUNGSRECHT UND VERMÖGENSVERWALTUNG

Dezember 2012 / Nr. 4, Seiten 149–212

Mit Jahresübersicht 2012 zum Herausnehmen

## Zivilrecht

151 Die vorzeitige Abberufung des Stiftungsvorstands (Alexander Hasch/Johannes Wolfgruber)

## Abgabenrecht

158 Steuerliche Änderungen für Privatstiftungen zum Jahresende (Ernst Marschner)

162 Eine österreichische Privatstiftung ist kein *common law* Trust (Katharina Kubik)

## Liechtenstein aktuell

169 Die geplante Änderung des liechtensteinischen Steuergesetzes: Auswirkungen auf die Besteuerung liechtensteinischer Stiftungen (Thomas Hosp/Matthias Langer)

## Zivilrechtliche Rechtsprechung

173 OLG Wien: Bestellung des Stiftungsprüfers für bereits zurückliegende Geschäftsjahre

176 OGH: Keine Parteistellung der Privatstiftung im Abberufungsverfahren

177 OGH: Ausübung des Änderungsrechtes nach dem Tod des Stifters

179 OLG Wien: Zur gerichtlichen Abberufung von Vorstandsmitgliedern

194 OGH: Fortsetzung eines Firmenbuchverfahrens nach Unterbrechung

196 OGH: Sicherungsantrag und Schenkungsanbot an die Privatstiftung

## Abgabenrechtliche Rechtsprechung

199 VwGH: Befreiung von der Schenkungssteuer für gemeinnützige Stiftung

202 UFS: Tilgung der durch die Privatstiftung übernommenen Schuld als KEST-pflichtige Zuwendung an die Begünstigten der Privatstiftung

205 UFS: Nichtselbständige Einkünfte eines Mitglieds des Stiftungsvorstands

207 BMF: Stiftung von Vermögen aus dem Betriebsvermögen einer GmbH an eine Privatstiftung

Herausgeber: Klaus Oberndorfer, Ernst Marschner

# Die vorzeitige Abberufung des Stiftungsvorstands

Von Alexander Hasch/Johannes Wolfgruber

## 1 Allgemeines

Wie aktuelle Anlassfälle zeigen, ist die Frage der vorzeitigen Abberufung des Stiftungsvorstandes ein Thema, das gerade Stifter oder den Stiftern nachfolgende Begünstigte, ja teilweise sogar die Medienlandschaft, in hohem Maße beschäftigt und die Beteiligten, auch Berater, nachdenklich stimmt.

Insbesondere die Tatsache, dass Abberufungsrechte nur sehr eingeschränkt bestehen oder eingeräumt werden können und das Erfordernis des Vorliegens eines wichtigen Grundes, vor allem bei gerichtlicher Abberufung, führen, gerade bei Fehlen eines solchen wichtigen Grundes im objektiven Sinne der Gesetze, bei vielen Beteiligten zu allgemeinem Unverständnis. Teilweise erzeugt dies sogar einen unseres Erachtens nicht gerechtfertigten Missmut gegen die Rechtsform der Privatstiftung selbst. Auf der anderen Seite sehen sich Stiftungsvorstände, die noch von der Vorgängergeneration – etwa einem Erststifter – bestellt wurden, nach dem Wegfall dieser Generation oftmals den Abberufungsversuchen der nachfolgenden Generation, die nunmehr ihre – oft finanziellen – Interessen durchsetzen möchte, ausgesetzt. Dabei steht meist der Vorwurf der groben Pflichtverletzung im Raum, der oftmals zu relativ aufwändigen gerichtlichen Verfahren, die nicht nur dem Ansehen der Vorstandsmitglieder sondern vor allem der Stiftung selbst und ihrem Reinvermögen erheblich schaden können, führen. Man möchte meinen, dass im Hinblick auf dessen Relevanz das Abberufungsrecht sohin gesetzlich deutlich klarer geregelt sein sollte. Sucht man allerdings nach dieser materiellen Klarheit und geht den rechtlichen Grundlagen der Abberufung nach, so stellt man fest, dass auch der Gesetzgeber, trotz oder gerade aufgrund der zuletzt vorgenommenen Novellierungen des Privatstiftungsgesetzes durch das Budgetbegleitgesetz 2011, viele Detailfragen unbeantwortet bzw der juristischen Gesetzesauslegung vorbehalten lässt.

Im Folgenden werden wir sohin die gesetzlichen Grundlagen der vorzeitigen Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes darstellen und die dabei nach wie vor bestehenden Problembereiche und Unklarheiten näher erörtern.

## 2 Grundlagen

Regelungen über die Abberufung des Stiftungsvorstandes gehören nicht zum gesetzlich, nach § 9 Abs 1 PSG

vorgesehenen, zwingenden Regelungsinhalt der Stiftungserklärung. Es ist sohin durchaus möglich und auch keineswegs ungewöhnlich, dass Stiftungserklärungen keine näheren Regelungen über die Abberufung des Stiftungsvorstandes beinhalten.

Ist dies der Fall, so kommt die gesetzliche Regelung des § 27 Abs 2 PSG zum Zuge, wonach für die Abberufung des Stiftungsvorstandes ausschließlich jenes Gericht zuständig ist, welches ein Mitglied des Stiftungsvorstandes sowohl auf Antrag (zur Antragsbefugnis siehe Punkt 3.) als auch von Amts wegen abberufen kann.

Wesentliches Erfordernis einer solchen gerichtlichen Abberufung, unabhängig davon, ob diese von Amts wegen oder auf Antrag erfolgt, ist allerdings das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes.

### 2.1 Die Abberufungsgründe des § 27 Abs 2 PSG

Das Privatstiftungsgesetz nennt als wichtige Gründe für eine Abberufung ausdrücklich:

- eine grobe Pflichtverletzung (§ 27 Abs 2 Z 1 PSG)
- die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben (§ 27 Abs 2 Z 2 PSG)
- die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mitglieds, die Abweisung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens sowie die mehrfache erfolglose Exekution in das Vermögen des Vorstandsmitglieds (§ 27 Abs 2 Z 3 PSG)

#### 2.1.1 Die grobe Pflichtverletzung

Der Begriff der groben Pflichtverletzung wird im Privatstiftungsgesetz selbst nicht näher definiert, allerdings seitens des Gesetzgebers wiederholt auch in anderen Gesetzen verwendet (bspw. in den §§ 117 und 127 UGB, § 75 Abs 4 AktG, § 7 Abs 3 Z 3 FMAG, § 68 Abs 1 VAG, etc.)<sup>1</sup>, sodass eine nähere Definition durchaus möglich ist.

Es stellt sich hiebei zunächst die Frage, welche Handlungen eines Stiftungsvorstandsmitglieds überhaupt eine Pflichtverletzung nach sich ziehen können und wann eine solche Pflichtverletzung als grob zu beurteilen ist. Hinsichtlich der Pflichten, welche ein Vorstandsmitglied verletzen kann, kommen jedenfalls sämtliche, dem Stiftungsvorstand, gesetzlich oder durch die Stiftungserklärung auferlegten Verpflichtungen, die bereits sehr umfassend sind, in Frage. So sind etwa – lediglich beispiel-

1 Vgl N. Arnold, PSG Kommentar<sup>2</sup>, § 27 Rz 15, mwN.

haft – die ausdrücklich normierten Pflichten der **Zuwendungssperre** des § 17 Abs 2 S 2 PSG, die Einhaltung eines allfälligen **Mindestvermögensstandes** gemäß § 9 Abs 2 Z 11 PSG, die **ordnungsgemäße Rechnungslegung** gemäß § 18 PSG, die **Erteilung von Auskünften** an Begünstigte gemäß § 30 PSG oder die Fassung eines **Auflösungsbeschlusses** bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen gemäß § 35 Abs 2 PSG, zu nennen.

Darüber hinaus eignen sich natürlich sämtliche dem Stiftungsvorstand auferlegte Pflichten, die sich aus der Pflicht zur Erfüllung des Stiftungszwecks ergeben, wie etwa die **Pflicht zur Vornahme von Zuwendungen** an Begünstigte, wenn diese bereits einen Zuwendungsanspruch erworben haben, oder die **Pflicht zur Erteilung von Auskünften** an weitere Organe im Sinne des § 14 Abs 2 PSG, wenn diesen ein Auskunftsrecht zukommt<sup>2</sup>, bei Verstößen dazu, Pflichtverletzungen herbeizuführen.

Weiters dürfte aufgrund stRsp unstrittig sein, dass der Abschluss eines zustimmungspflichtigen In-Sich-Geschäftes im Sinne des § 17 Abs 5 PSG, **ohne Einholung der erforderlichen Zustimmung**, regelmäßig eine – in aller Regel auch grobe – Pflichtverletzung darstellt.<sup>3</sup>

Seitens des Gerichtes ist schließlich ferner zu beurteilen, ob eine Pflichtverletzung, sollte eine solche festgestellt werden, **grob** war. Auch dieser Terminus wird im Privatstiftungsgesetz nicht näher erläutert. Allerdings wurde seitens des OGH unseres Erachtens zutreffend, unter Verweis auf *Micheler*<sup>4</sup> dargelegt, dass eine Pflichtverletzung im Sinne des § 27 Abs 2 Z 1 PSG jedenfalls ein **Verschulden voraussetzt**.<sup>5</sup>

Ausgehend von dieser oberstgerichtlichen Feststellung verweist *Arnold*<sup>6</sup> darauf, dass im Sinne der allgemeinen Fahrlässigkeitsterminologie eine Pflichtverletzung dann grob wäre, wenn sie einem gewissenhaften Geschäftsleiter im Sinne des § 17 Abs 2 1. Satz PSG – er stellt zutreffendermaßen auf den **erhöhten Sorgfaltsmaßstab** ab – in der jeweiligen Situation keinesfalls unterlaufen wäre. Dieser Ansicht *Arnolds* ist durchaus zu folgen, zumal sich der erhöhte Sorgfaltsmaßstab eindeutig aus den gesetzlichen Grundlagen ergibt und die Heranziehung der allgemeinen Fahrlässigkeitsterminologie mangels sonstiger näherer Erläuterungen zur Frage der Grobheit der Pflichtverletzung eine zutreffende Analogie darstellt.

Ob tatsächlich eine grobe Pflichtverletzung vorliegt, ist sohin vom Gericht einzelfallbezogen, unter Berücksich-

tigung der (erhöhten) Pflichten des Stiftungsvorstandes und der Beurteilung der subjektiven Komponente des Verschuldens, zu prüfen.<sup>7</sup>

*In praxi* wird es daher im Rahmen eines Abberufungsantrages erforderlich sein, die grobe Pflichtverletzung umfassend darzulegen und mit Beweismitteln zu untermauern, um dem Gericht die Beweisaufnahme zu erleichtern und die Entscheidungsfindung zu beschleunigen.

### 2.1.2 Die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben

Im Gegensatz zur groben Pflichtverletzung setzt der zweite ausdrücklich normierte Abberufungsgrund, die **Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben**, kein Verschulden voraus und es ist hiebei auch irrelevant, ob die Unfähigkeit auf rechtlichen oder tatsächlichen Umständen beruht.<sup>8</sup>

Die Beurteilung der Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben stellt, noch vielmehr als die Frage der groben Pflichtverletzung, eine einzelfallbezogene Prüfung dar und es bestehen noch **kaum höchstgerichtliche Entscheidungen**, die allgemein gültige Schlüsse zulassen würden.

So hat der OGH zwar festgehalten, dass etwa die **Verhängung der Untersuchungshaft** über ein Mitglied des Stiftungsvorstandes, ungeachtet der Unschuldsvermutung, die Fähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben unterbinden kann und zwar etwa **bei längerer Dauer der Untersuchungshaft**.<sup>9</sup> Auch dabei soll es aber nach (richtiger) Ansicht des OGH auf den konkreten Einzelfall ankommen, weshalb allgemeine Schlussfolgerungen, etwa in der Form, dass bei Verhängung der Untersuchungshaft stets die Unfähigkeit vorliegen würde, nicht möglich sind.

Zweifellos wird auch der **Verlust der Geschäftsfähigkeit** auf Dauer oder für einen längeren Zeitraum zur Verwirklichung dieses Abberufungsgrundes führen. Die bloße Ortsabwesenheit des Stiftungsvorstandes hingegen, etwa bei **längerem Auslandsaufenthalt**, muss nicht zwangsläufig zur Folge haben, dass die ordnungsgemä-

2 Wie dies sehr oft bei den häufig eingerichteten Stiftungsbeiräten der Fall ist; Siehe dazu auch *N. Arnold*, PSG Kommentar<sup>2</sup>, § 27 Rz 16.

3 Vgl OGH vom 17.12.2009, 6 Ob 233/09x, OGH vom 24.11.2011, 6 Ob 58/11i oder zuletzt sehr deutlich OLG Wien vom 16.7.2012, 28 R 7/12y, 28 R 8/12w und 28 R 10/12i.

4 Siehe *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG, § 27 Rz 4.

5 Vgl OGH vom 16.5.2011, 6 Ob 85/01w.

6 Siehe *N. Arnold*, PSG Kommentar<sup>2</sup>, § 27 Rz 17.

7 Aus der Praxis bekannt bzw in Frage kommen etwa jene Abberufungsgründe: Die Nichtanmeldung von Urkunden oder sonstiger beim Firmenbuch anmeldepflichtiger Umstände; die Nichteinholung der gerichtlichen Genehmigung bei In-Sich-Geschäften; Gravierende Veranlagungsschwächen oder unprofessionelle Veranlagung (keine Einholung von Drittofferten); Verletzung von Auskunftspflichten; Nichtwahrung der Unabhängigkeit; Mangelhafte Dokumentation; Nichteinhaltung von Zustimmungserfordernissen; Interessenkollisionen; Nichteinhaltung oder Verletzung des Stiftungszwecks; Gänzliches Fehlen eines Rechnungswesens und damit fehlende Nachvollziehbarkeit der Geld- und Leistungsströme; uvm.

8 Vgl OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01w; OGH vom 17.12.2008, 6 Ob 213/07b.

9 Vgl OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01w.

ße Erfüllung der Aufgaben nicht mehr möglich ist, vielmehr wird es hier auf die konkreten Aufgaben und deren Anforderungen, sohin wiederum auf den Einzelfall, ankommen.

### 2.1.3 Insolvenzbezogene wichtige Gründe

Der dritte ausdrücklich normierte Abberufungsgrund, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Mitglieds, die Abweisung eines solchen Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens sowie die mehrfache erfolglose Exekution in dessen Vermögen, wirft im Gegensatz zu den beiden vorgenannten Abberufungsgründen weniger Fragen auf, wobei insbesondere die ersten beiden Varianten dieses Abberufungsgrundes von klaren gerichtlichen Entscheidungen abhängig und sohin kaum auslegungsbedürftig sind.

Fraglich ist allerdings, wann der Fall der mehrfachen erfolglosen Exekution in das Vermögen eines Stiftungsvorstandsmitgliedes verwirklicht ist. Diesbezüglich sind – soweit ersichtlich – noch keine oberstgerichtlichen Entscheidungen ergangen und hält sich auch die stiftungsrechtliche Literatur mit Einschätzungen zurück. Bei rein formalistischer Betrachtung könnte man aufgrund des Gesetzeswortlautes darauf schließen, dass jeder Fall der mehrfachen erfolglosen Exekution bereits zur Verwirklichung dieses Abberufungsgrundes führt. Es erscheint aber eher naheliegend und angemessen, dass bei der Prüfung dieses Abberufungsgrundes darauf abgestellt werden muss, ob sich durch die Exekutionshandlungen auch Auswirkungen auf die die Stiftung selbst ergeben. Anhaltspunkte für dieses Ansicht liefern auch die ErlRV die festhalten, dass die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, immer unter dem Gesichtspunkt des Funktionierens der Privatstiftung und letztlich unter dem Gesichtspunkt zu beurteilen ist, ob die Verfolgung des Stiftungszwecks mit ausreichender Sicherheit in der Zukunft gewährleistet ist.<sup>10</sup>

Es wäre angesichts dieser erläuternden Bemerkungen des Gesetzgebers kaum rechtfertigbar, in von der Stiftung gänzlich unabhängigen Exekutionen, sofern sich diese nicht auf andere Weise negativ auf die Verwirklichung des Stiftungszweckes auswirken, die Verwirklichung dieses wichtigen Abberufungsgrundes zu sehen. Daher erscheint auch die von *Arnold*<sup>11</sup> vermutete (automatisch vorliegende) hinreichende Vertrauensunwürdigkeit des Stiftungsvorstandes bei mehrfacher, erfolgloser Exekution auch ohne jede Beziehung zur Stiftung zu weit gegriffen, lässt doch diese (vermeintliche) Vertrauensunwürdigkeit noch keine Schlüsse auf die Frage der

Verwirklichung des Stiftungszwecks zu. Vielmehr muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Exekutionshandlungen gegen das Mitglied des Stiftungsvorstandes negative Auswirkungen auf das Funktionieren der Privatstiftung und dabei insbesondere die Verwirklichung des Stiftungszwecks haben.<sup>12</sup> Ist dies nicht der Fall, so kann unseres Erachtens auch die mehrfache erfolglose Exekution nicht zur Verwirklichung dieses Abberufungsgrundes führen. Dessen ungeachtet können, in einer Gesamtschau mit allenfalls sonst vorliegendem Vertrauensverlust, derartige Exekutionshandlungen natürlich einen sonstigen wichtigen Grund darstellen.

Generell zu beachten ist, dass aufgrund des diesbezüglich eindeutigen Gesetzeswortlautes bereits ein einziges anhängiges Exekutionsverfahren mit mindestens zwei erfolglosen Exekutionshandlungen ausreichend sein kann, um diesen wichtigen Abberufungsgrund zu verwirklichen, sofern ein entsprechend negativer Einfluss auf das Funktionieren der Privatstiftung und die Verwirklichung des Stiftungszweckes damit verbunden ist.

### 2.1.4 Abberufung unter dem Gesichtspunkt des Funktionierens der Privatstiftung

Zu beachten ist, dass es sich bei den in § 27 Abs 2 PSG ausdrücklich normierten wichtigen Gründen lediglich um eine demonstrative Aufzählung handelt.<sup>13</sup> Da sohin keine abschließende Aufzählung der wichtigen Gründe vorliegt, können Abberufungen auch aus anderen wichtigen Gründen (siehe dazu auch Punkt 2.2.) erfolgen. Dabei ist zu beachten, dass bei der Frage, ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 27 Abs 2 PSG vorliegt, immer der Gesichtspunkt des Funktionierens der Privatstiftung primär zu beachten ist, sohin ob die Verfolgung des Stiftungszwecks mit ausreichender Sicherheit auch in der Zukunft gewährleistet ist.<sup>14</sup>

Allen wichtigen Gründen zur Abberufung gemäß § 27 Abs 2 PSG ist sohin gemein, dass diese ausschließlich dann vorliegen können, wenn, mangels Abberufung, das Funktionieren der Privatstiftung im Sinne der Gewährleistung der Verfolgung und Verwirklichung des Stiftungszwecks in der Zukunft nicht mehr mit ausreichender Sicherheit gewährleistet ist. Bei der Beurteilung dieser Frage ist allerdings, aufgrund der bei der Privat-

10 Vgl ErlRV zu § 27 Abs 2 PSG.

11 Vgl N. *Arnold*, PSG Kommentar<sup>2</sup>, § 27 Rz 22.

12 Natürlich kann im Einzelfall auch die mit den Exekutionshandlungen verbundene Vertrauensunwürdigkeit entsprechende Auswirkungen auf die Verwirklichung des Stiftungszwecks – etwa durch Imageverlust – haben und sohin den Abberufungsgrund verwirklichen; jedoch kann im Umkehrschluss nicht davon ausgegangen werden, dass dies stets und automatisch der Fall ist.

13 Zum Vorliegen einer demonstrativen Aufzählung siehe ErlRV zu § 27 Abs 2, in welchen ausdrücklich festgehalten wurde „Die Abberufungsgründe sind nicht abschließend aufgezählt“;

14 Vgl ErlRV zu § 27 Abs 2 PSG.

stiftung weitestgehend fehlenden Kontrollmechanismen, kein strenger Maßstab zugrunde zu legen.<sup>15</sup>

Da immer auf das Funktionieren der Privatstiftung abzustellen ist, sind sohin nur jene Pflichtverletzungen relevant, die sich auch auf die Privatstiftung bzw die Verwirklichung deren Stiftungszwecks nachteilig auswirken. Sonstige Pflichtverletzungen, die nicht in Beziehung zur Privatstiftung, sondern beispielsweise zum Stifter, stehen, können daher auch keine groben Pflichtverletzungen im Sinne des § 27 Abs 2 PSG darstellen.

Nicht in Beziehung zur Privatstiftung stehende Pflichtverletzungen können aber unter Umständen als sonstige wichtige Gründe (siehe dazu Punkt 4.1.), die allenfalls auch eine Abberufung rechtfertigen können, qualifiziert werden.<sup>16</sup>

### 3 Antragslegitimation im gerichtlichen Abberufungsverfahren

Die Einleitung des gerichtlichen Abberufungsverfahrens erfolgt entweder von Amts wegen, wenn dem Gericht auf andere Art, als durch entsprechende Antragstellung, ein Abberufungsgrund bekannt wird<sup>17</sup> oder sonst auf Antrag durch eine berechtigte Person.

Das Abberufungsverfahren ist im PSG dem Gericht zugewiesen, jedoch sonst nicht näher geregelt. Aufgrund der allgemeinen Regelung des § 40 PSG ist das Abberufungsverfahren daher vor dem Handelsgericht 1. Instanz, im Verfahren außer Streitsachen, abzuführen.

Die Antragslegitimation richtet sich demgemäß nach § 2 AußStrG, wobei gemäß § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG jede Person, soweit ihre rechtlich geschützte Stellung durch die begehrte oder vom Gericht in Aussicht genommene Entscheidung oder durch eine sonstige gerichtliche Tätigkeit unmittelbar beeinflusst würde, Partei des Verfahrens sein kann. Nach der oberstgerichtlichen Rechtsprechung können all jene Personen, denen ein rechtliches Interesse am ordnungsgemäßen Funktionieren der Stiftung zukommt (dies sind neben den Begünstigten in erster Linie die Stiftungsorgane und deren Mitglieder) im Verfahren Parteistellung einnehmen und sind auch zum Antrag auf Abberufung legitimiert.<sup>18</sup>

Wie der Oberste Gerichtshof weiters zutreffend klargestellt hat, steht auch einzelnen Mitgliedern von Stiftungsorganen die Parteistellung und sohin die Antragslegitimation zu und zwar selbst dann, wenn in dem Stiftungs-

organ dem sie angehören das Einvernehmlichkeitsprinzip gilt. Begründet hat der OGH dies damit, dass die Antragslegitimation nicht dem Schutz von Individualinteressen, sondern dem Ausgleich eines bei der Privatstiftung bestehenden strukturellen Kontrolldefizits dient.<sup>19</sup>

### 4 Regelungen zur Abberufung in der Stiftungserklärung

Wie bereits dargelegt, gehören Regelungen betreffend die Abberufung des Stiftungsvorstands nicht zu den, gemäß § 9 Abs 1 PSG, zwingenden Inhalten der Stiftungserklärung.

Die Bestimmung des § 9 Abs 2 Z 1 PSG ermöglicht es dem Stifter allerdings, in der Stiftungserklärung, neben der Bestellung, der Funktionsdauer und der Vertretungsbefugnis, auch die Abberufung des Stiftungsvorstands näher zu regeln.

#### 4.1 Erweiterung der Abberufungsgründe

Gemäß § 9 Abs 2 Z 1 iVm § 27 Abs 2 1. Halbsatz PSG, besteht die Möglichkeit, die Gründe für eine gerichtliche Abberufung durch Regelung in der Stiftungserklärung ausdrücklich zu erweitern. Dies erfolgt durch Aufnahme ausdrücklicher oder konkretisierbarer Abberufungsgründe in die Stiftungserklärung, wobei es aufgrund des Gesetzeswortlautes unbeachtlich ist, ob die Regelung in die Stiftungsurkunde selbst oder in eine allfällige Zusatzurkunde aufgenommen wird.

Für die Ansicht *Arnolds*<sup>20</sup>, wonach die ausdrücklich in der Stiftungsurkunde festgelegten Gründe zumindest von der Gewichtigkeit und Objektivierbarkeit mit jenen in § 27 Abs 2 PSG ausdrücklich angeführten Gründen vergleichbar sein müssen, findet sich unseres Erachtens, zumindest für das Kriterium der Gewichtigkeit, im Gesetzeswortlaut keine taugliche Grundlage.

Der Gesetzeswortlaut legt vielmehr nahe, dass die ausdrücklich in der Stiftungserklärung normierten Abberufungsgründe gerade keine wichtigen Gründe darstellen müssen. Hätte der Gesetzgeber darlegen wollen, dass die in der Stiftungserklärung festgelegten Abberufungsgründe auch wichtige Gründe darstellen müssen, dann hätte er anstelle des Gesetzeswortlautes „[...] wenn dies die Stiftungserklärung vorsieht oder sonst ein wichtiger Grund vorliegt“ den Gesetzeswortlaut „[...] wenn dies die Stiftungserklärung vorsieht oder ein sonstiger wichtiger Grund vorliegt“ gewählt.

Noch weiter, allerdings unter Bezugnahme auf § 9 Abs 2 PSG, geht *Reich-Rohrwig*<sup>21</sup>, der festhält, dass der Gesetzgeber, wenn er gewollt hätte, dass individuelle Rege-

15 Vgl OGH 26.3.2009, 6 Ob 255/08f; OGH 14.12.2000, 6 Ob 278/00a.

16 Vgl N. Arnold, PSG Kommentar<sup>2</sup>, § 27 Rz 16.

17 Das Gericht muss sohin auch von Amts wegen tätig werden, wenn ein Abberufungsantrag zwar von einer nicht berechtigten Person gestellt wird, der Abberufungsgrund aber potentiell vorliegt; Vgl OGH 18.7.2011, 6 Ob 98/11x.

18 Vgl OGH 31.1.2002 6 Ob 305/01y.

19 Vgl OGH 18.7.2011, 6 Ob 98/11x.

20 Siehe N. Arnold, PSG Kommentar<sup>2</sup>, § 27 Rz 26.

21 Siehe *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2011, 419.

lungen zur Abberufung von Stiftungsorganen stets wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 PSG oder sachliche Gründe voraussetzen müssen, dies, im Rahmen der Novellierung des PSG durch das BBG 2011, gesetzlich geregelt hätte. Der Ansicht *Reich-Rohrwigs* ist in dem Punkt zuzustimmen, wonach der Gesetzgeber den Stifter in seiner Gestaltungsfreiheit nicht einschränken wollte; soweit man aber aus der (vermeintlichen) Untätigkeit des Gesetzgebers *e contrario* ableiten möchte, dass individuelle Regelungen eine Abberufung auch aus unsachlichen Gründen oder auch gänzlich ohne Vorliegen eines Grundes ermöglichen würden, kann der Rechtsansicht unseres Erachtens nicht zugestimmt werden.

Der Stifter ist bei der Erweiterung der gerichtlichen Abberufungsgründe unserer Auffassung nach grundsätzlich frei und kann daher auch Abberufungsgründe festlegen, die gerade nicht den Grad eines wichtigen Grundes iSd § 27 Abs 2 PSG erreichen würden. Genau darin liegt unseres Erachtens nämlich der Sinn der gesetzlichen Regelung des § 27 Abs 2 1. Halbsatz PSG, die anderenfalls überflüssig wäre, zumal sonstige wichtige Gründe ohnehin die gerichtliche Abberufung ermöglichen. Dies ändert aber nichts daran, dass die festgelegten Gründe dennoch sachlich und objektivierbar sein, insbesondere aber dem Wohle der Privatstiftung dienen müssen.

Die Grenze ist dort zu ziehen, wo dem Stifter oder anderen Organen durch den zusätzlichen Abberufungsgrund eine unzulässige Einflussnahmemöglichkeit eingeräumt wird, also insbesondere, wenn durch den Abberufungsgrund faktisch eine jederzeitige und damit nach stRsp unzulässige Abberufungsmöglichkeit<sup>22</sup> eingeräumt wird, sowie bei allgemein unsachlichen Gründen.<sup>23</sup>

Als durchaus sinnvolle Ergänzung denkbar wäre etwa die klarstellende Aufnahme bestimmter Interessenkollisionen als Abberufungsgründe die ansonsten keinen Abberufungsgrund darstellen würden.<sup>24</sup>

Dient der Abberufungsgrund der gerichtlichen Abberufung, so obliegt die Beurteilung, ob der festgelegte Abberufungsgrund tauglich und auch erfüllt ist, letztlich ohnehin dem für die Abberufung zuständigen Gericht, das sich dabei am Stiftungszweck und dem Wohle der Privatstiftung zu orientieren hat, weshalb an die Formulierung der Abberufungsgründe keine allzu strengen Maßstäbe gelegt werden dürfen.

Dies gilt aber eingeschränkt auch dann, wenn die Abberufung einem anderen Stiftungsorgan übertragen wur-

de, denn nach der jüngeren Rechtsprechung des OGH<sup>25</sup> hat das Firmenbuchgericht bei einer Privatstiftung, im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften, bei der Anmeldung der Löschung von Vorstandsmitgliedern infolge Abberufung eine amtswegige Prüfung vorzunehmen, die sich im Wesentlichen darauf beschränken kann, ob ein Abberufungsgrund schlüssig dargelegt wurde und die dem Eintragungsgesuch zugrunde liegenden Tatsachen glaubwürdig sind. Die Prüfbefugnis ist dabei, wie der OGH festhält, nicht auf das Aufgreifen einer offensichtlichen Unzulässigkeit beschränkt, darf jedoch auch nicht überspannt werden. Die Pflicht zu einer weiteren Prüfung besteht jedenfalls dann, wenn Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Gesuch zugrundeliegenden Tatsachen bestehen.

Somit ist auch bei der nicht-gerichtlichen Abberufung ein gewisses Mindestmaß an Kontrolle gewährleistet und erscheint daher auch hier das Anlegen eines allzu strengen Maßstabes an die Formulierung der Abberufungsgründe nicht erforderlich.

#### 4.2 Einräumung von Abberufungsrechten an Organe der Stiftung

Spätestens seit der letzten Novellierung des PSG durch das BBG 2011<sup>26</sup> und der dabei erfolgten Neugestaltung des § 14 PSG steht fest, dass die Bestimmung des § 9 Abs 2 Z 1 PSG es dem Stifter auch ermöglicht, weiteren, gemäß § 14 Abs 2 PSG zur Wahrung des Stiftungszwecks eingerichteten, Organen der Privatstiftung die Kompetenz zur Abberufung des Stiftungsvorstandes einzuräumen.

Der Stifter kann sohin, durch Regelung in der Stiftungserklärung, eine Parallelkompetenz zur Abberufungskompetenz des Gerichtes nach § 27 Abs 2 PSG schaffen.<sup>27</sup>

##### 4.2.1 Mehrheitserfordernisse bei Abberufung

Durch die Neuregelung ist auch klargestellt, wie die Abberufung durch ein solches Organ zu erfolgen hat und welche Mehrheits- und sonstigen Erfordernisse einzuhalten sind. Allgemein ist gemäß § 14 Abs 3 PSG bei derartigen Abberufungen eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich; hat das Organ weniger als vier Mitglieder ist jedoch die Stimmeneinhelligkeit erforderlich.

22 Vgl OGH 26.4.2001 6 Ob 60/01v; Siehe dazu auch *Hochedlinger*, RdW 2004, 67.

23 Zu denken wäre an unsachliche Abberufungsgründe wie etwa „wenn der Stifter den Vorstand nicht mehr will“, „Wenn der Stifter einen besseren Vorstand bestellen möchte“ etc.

24 Etwa: „Ein gerichtlicher Abberufungsgrund liegt vor, wenn ein Mitglied des Vorstandes ein Mandat für das Unternehmen XY übernimmt“.

25 Vgl OGH 24.2.2011, 6 Ob 195/10k mit der eine ausdrückliche Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung vollzogen wurde, denn noch in der Entscheidung OGH 16.2.2006, 6 Ob 178/05b vertrat der OGH die gegenteilige Ansicht und führte aus: „Das Firmenbuchgericht muss bei Anträgen auf Löschung von Vorstandsmitgliedern infolge ihrer Abberufung durch das nach der Stiftungsurkunde hierfür zuständige Organ nicht jeweils prüfen, ob ein wichtiger Grund für die Abberufung vorlag.“

26 BGBl. I Nr. 111/2010, Budgetbegleitgesetz 2011

27 Vgl *Feltl/Rizzi*, *ecolex* 2009, 410.

Sowohl für die Frage, ob die erforderliche Mehrheit von drei Viertel eingehalten wurde, als auch für die Stimmeneinheitlichkeit, bei Organen mit weniger als vier Mitgliedern, kommt es ausschließlich auf die abgegebenen Stimmen und nicht auf die tatsächliche Anzahl der Mitglieder des Organs an.<sup>28</sup>

Geben Mitglieder infolge Abwesenheit keine Stimme ab, so sind, wenn dennoch die Beschlussfähigkeit gegeben war, deren Stimmen nicht zu berücksichtigen, weil sie gerade keine Stimme abgegeben haben. Gleiches muss für Mitglieder gelten die zwar anwesend waren, sich aber der Stimme enthalten haben, sofern dadurch nicht die Beschlussfähigkeit verloren gegangen ist.<sup>29</sup>

#### 4.2.2 Begünstigendominierung bei Abberufung

Kommt es zu einer Abberufung durch weitere Organe so ist, aufgrund der Bestimmung des § 14 Abs 4 PSG, neben den Mehrheitserfordernissen auch die Qualifikation des Abberufungsgrundes und die Besetzung des Organs zu beachten.

Soll die Abberufung durch das Organ wegen eines gerichtlichen Abberufungsgrundes iSd § 27 Abs Z 1 bis 3 PSG erfolgen, so ist die Besetzung des Organs unbeachtlich. Es kann diesfalls auch gänzlich mit Begünstigten oder diesen nahe stehenden Personen iSd § 15 Abs 2, 3 und 3a PSG<sup>30</sup> besetzt sein.

Soll die Abberufung hingegen wegen eines anderen Grundes erfolgen, so darf Begünstigten und begünstigtennahen Personen bei dieser Entscheidung nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen. Abgestellt wird dabei nicht auf die Mehrheit der Mitglieder, sondern auf die Mehrheit der Stimmen, sodass durch entsprechende Regelung der Stimmrechtsverhältnisse, etwa durch Mehrfachstimmrechte, das weitere Organ dennoch mehrheitlich mit Begünstigten besetzt sein könnte.

Da das Gesetz ausdrücklich von „*dieser Entscheidung*“ spricht, wäre es sogar ausreichend, wenn sich die Regelung der Stimmrechtsverhältnisse lediglich auf die Beschlussfassung über die Abberufung des Stiftungsvorstandes wegen anderer Gründe als jener gemäß § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG bezieht.

Aber selbst wenn das Organ bzw. die Stimmrechtsverhältnisse so geregelt sind, dass Begünstigten und begünstigtennahen Personen nicht die Mehrheit der Stimmen bei der Entscheidung über die Abberufung aus sonstigen

Gründen zusteht, ermöglicht dies, aufgrund anderenfalls unzulässiger Einflussnahmemöglichkeit auf den Vorstand, keine uneingeschränkte und jederzeitige Abberufungsmöglichkeit.<sup>31</sup> Auch für derartige Abberufungen bedarf es des Vorliegens eines Abberufungsgrundes; nur eben eines solchen, der nicht ausdrücklich in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG angeführt ist und somit um einen sonstigen wichtigen Grund oder einen in der Stiftungserklärung ausdrücklich festgelegten Abberufungsgrund.<sup>32</sup>

Gleiches gilt aber auch bei gerichtlichen Abberufungen, die aufgrund des demonstrativen Charakters der Aufzählung in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG, auch aus anderen wichtigen Gründen erfolgen können. Um Wiederholungen zu vermeiden kann daher auf die diesbezüglichen Ausführungen unter Punkt 2. verwiesen werden.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die gesetzlichen Regelungen des § 14 Abs 3 und 4 PSG gesetzlich zwingend sind, wobei die Regelung des § 14 Abs 3 PSG lediglich relativ zwingend<sup>33</sup> ist, sodass durch Regelung in der Stiftungserklärung auch strengere Mehrheitserfordernisse festgelegt werden können.<sup>34</sup>

#### 4.3 Abberufung durch den Stifter oder Begünstigte

Der Stifter hat grundsätzlich, sofern ihm durch die Stiftungserklärung keine entsprechenden Kompetenzen eingeräumt sind, keine Kontroll- und Einflussnahmerechte auf den Stiftungsvorstand und ist daher *per se* kein Organ der Privatstiftung.<sup>35</sup> Mangels Organfunktion unterliegt der Stifter auch nicht automatisch dem Organbegriff des § 14 Abs 2 PSG.<sup>36</sup>

Wenn nun aber dem Stifter, kraft Regelung in der Stiftungserklärung – wie dies häufig der Fall ist – die Kompetenz zur vorzeitigen Abberufung des Stiftungsvorstandes zukommt, so stellt dies eine Gestaltung dar, bei welcher dem Stifter maßgebliche Kontroll- und Einflussnahmemöglichkeiten übertragen werden, sodass in diesem Fall der Stifter gleichzeitig auch als Organ der Privatstiftung zu betrachten ist.

In Folge der dann vorliegenden Organqualität des Stifters iSd § 14 Abs 2 PSG, sind auch die Bestimmungen des § 14 Abs 3 und 4 PSG auf den Stifter anzuwenden und, abhängig vom jeweiligen Abberufungsgrund, die entsprechenden Abberufungserfordernisse seitens des

28 Vgl N. Arnold, GesRZ 2011, 101, der auch zutreffend darlegt, dass es durch die Bezugnahme auf die abgegebenen Stimmen in der Praxis sein kann, dass weniger Stimmen für eine Abberufung erforderlich sind, als dies nach der Konzeption des § 28 Abs 2 PSG (alte Fassung) der Fall gewesen wäre.

29 Dieser Ansicht auch N. Arnold, GesRZ 2011, 101.

30 Im Folgenden vereinfacht als „begünstigtennahe Personen“ bezeichnet.

31 Zur Unzulässigkeit der jederzeitigen und uneingeschränkten Abberufung siehe Punkt 4.1.

32 Zur Erweiterung der Abberufungsgründe siehe Punkt 4.1.

33 Der relativ zwingende Charakter ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut, der von „*mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen*“ spricht.

34 Vgl N. Arnold, GesRZ 2011, 101.

35 Vgl OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01w.

36 Vgl N. Arnold, GesRZ 2011, 101.

Stifters einzuhalten.<sup>37</sup> Ist der Stifter gleichzeitig auch Begünstigter, so könnte er, wenn er das Abberufungsrecht alleine ausübt, zumindest für die Dauer seiner Begünstigtenstellung, sohin keine Abberufung nach § 14 Abs 4 PSG vornehmen.

Auch einzelnen oder mehreren Begünstigten – etwa in Form einer Begünstigtenversammlung – wird in der Praxis oftmals das Recht zur Abberufung des Stiftungsvorstandes in der Stiftungserklärung eingeräumt. Auch diesen Begünstigten oder Begünstigtenversammlungen kommt durch Einräumung der Kompetenzen Organstellung iSd § 14 Abs 2 PSG zu und sind daher, ebenso wie zuvor für den Stifter dargestellt, die Grundsätze des § 14 Abs 3 und 4 PSG auch auf derartige Organe anwendbar und die Abberufungserfordernisse entsprechend einzuhalten.

### 5. Die Anfechtung von Abberufungsbeschlüssen

Grundsätzlich kann das betroffene Mitglied des Stiftungsvorstandes gegen einen Abberufungsbeschluss mittels Feststellungsklage vorgehen.<sup>38</sup> Die Frage, ob die Abberufung zulässig gewesen ist, ist diesfalls im streitigen Verfahren zu klären, wobei die Abberufung zunächst Wirksamkeit erlangt und die Abberufung solange wirksam bleibt, bis eine allfällige Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt wurde.<sup>39</sup>

Das streitige Verfahren kann sohin zwar Klarstellung schaffen, in aller Regel werden aber viele Monate, wenn nicht uU manche Jahre ins Land ziehen, ehe letztlich rechtskräftig festgestellt wird, dass die Abberufung wirksam oder unwirksam gewesen ist. Dies ist für sämtliche Beteiligten, insbesondere aber für das betroffene

Mitglied des Stiftungsvorstandes mitunter höchst unbefriedigend, weshalb seit längerem die Forderung im Raum stand, dass die Abberufung auch seitens des einschreitenden Firmenbuchgerichtes zu prüfen und dem betroffenen Vorstandsmitglied Parteistellung im Abberufungsverfahren und damit eine Rekurslegitimation gegen den Abberufungsbeschluss zuzubilligen sei.

Der OGH vertrat jedoch lange Zeit die Ansicht, dass das streitige Verfahren hier zur Anwendung käme, das Vorstandsmitglied sich mittels Feststellungsklage zur Wehr setzen könne und daher das Firmenbuchgericht bei Anträgen auf Löschung von Vorstandsmitgliedern infolge ihrer Abberufung nicht prüfen müsse, ob ein wichtiger Grund für die Abberufung vorlag.<sup>40</sup>

In ausdrücklicher und ausführlich begründeter Abkehr von dieser Rechtsprechung hat der OGH jedoch zuletzt entschieden, dass sowohl bei gerichtlichen Abberufungen im Regime des § 27 Abs 2 PSG<sup>41</sup>, als auch bei nichtgerichtlichen Abberufungen außerhalb von § 27 Abs 2 PSG, dem betroffenen Mitglied des Stiftungsvorstandes Parteistellung und sohin Rekurslegitimation zukommt, sowie weiters, dass das Firmenbuchgericht auch bei Abberufungen durch andere Organe eine amtswegige Prüfung vorzunehmen habe.<sup>42</sup>

An der Wirksamkeit der Abberufung ändert die neue Rechtsprechungslinie des OGH allerdings nichts. Weiterhin ist die Abberufung sofort mit der jeweiligen Beschlussfassung wirksam und erfolgt daher auch die Löschung im Firmenbuch.<sup>43</sup> Stellt sich nachträglich, aufgrund eines Rekurses des betroffenen Vorstandsmitgliedes oder einer Feststellungsklage, heraus, dass die Abberufung nicht zulässig war, so ist das betreffende Vorstandsmitglied wieder in das Firmenbuch einzutragen.<sup>44</sup>

37 Vgl N. Arnold, GesRZ 2011, 101.

38 Vgl OGH 16.5.2001, 6 Ob 85/01w, OGH 16.2.2006, 6 Ob 178/07b.

39 Vgl N. Arnold, PSG Kommentar<sup>2</sup>, § 15 Rz 123.

40 zuletzt OGH 16.2.2006 6 Ob 178/05b.

41 Vgl OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f.

42 Vgl OGH 24.2.2011 6 Ob 195/10k.

43 Vgl OGH 12.1.2012, 6 Ob 244/11t.

44 Vgl N. Arnold, PSG Kommentar<sup>2</sup>, § 15 Rz 123.

### Resümee

Die vorzeitige Abberufung des Stiftungsvorstandes kann sowohl auf gerichtlichem Wege bei Vorliegen eines Abberufungsgrundes im Sinne des § 27 Abs 2 PSG, also der groben Pflichtverletzung, der Unfähigkeit zur Erfüllung der Aufgaben oder den insolvenzbezogenen Tatbeständen sowie sonstigen (gleichwertigen) wichtigen Gründen, erfolgen.

Daneben besteht aber auch die Möglichkeit Regelungen über die Abberufung des Stif-

tungsvorstandes in die Stiftungserklärung aufzunehmen und so einerseits die Abberufungsgründe zu erweitern, wobei auch sachliche und objektive Gründe, die ansonsten keine wichtigen Gründe darstellen würden, erfasst werden können und andererseits etwa Beiräten, Begünstigten oder direkt dem Stifter Einflussnahmemöglichkeiten auf den Vorstand einzuräumen. Diese Personen oder Stellen werden dadurch zu Organen zur Wahrung

des Stiftungszwecks und unterliegen daher den gesetzlichen Regelungen bei der Beschlussfassung über die Abberufung des Vorstandes.

Bei einer Beschlussfassung durch ein solches Organ ist zu beachten, dass bei jeder Abberufungsentscheidung entweder eine Dreiviertelmehrheit (wenn das Organ mindestens vier Mitglieder hat) oder Stimmeneinhelligkeit (wenn das Organ weniger als vier Mitglieder hat) gesetzlich gefordert ist.

Soll aber darüber hinaus diese Abberufung aus einem anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG normierten Abberufungsgünden, sohin aus einem anderen wichtigen oder in der Stiftungserklärung festgelegten Grund, erfolgen, so ist darüberhinaus zu beachten, dass Begünstigten oder begünstigten Personen bei dieser Entscheidung nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen darf.

Was nach einer Einschränkung klingt ist letztlich eine deutliche Stärkung des Begünstigteneinflusses. Während man vor der letzten Novellierung noch überwiegend davon ausging,

dass bereits ein begünstigtendominierter Beirat unzulässig sein könnte, ist nun gesetzlich dahingehend klargestellt, dass freiwillig eingerichtete Organe zur Wahrung des Stiftungszwecks nicht nur zulässig sind, sondern auch begünstigtendominiert sein dürfen.

Klargestellt ist dadurch weiters, dass etwa einem begünstigtendominierten Beirat oder aber auch einem (begünstigten) Stifter neben Kontrollrechten gegenüber dem Vorstand auch Abberufungsbefugnisse eingeräumt werden können. Nur für den Fall der Abberufung aus anderen als den gesetzlich normierten Abberufungsgründen hat der Gesetzgeber eine Einschränkung dahingehend vorgesehen, dass hier der Begünstigteneinfluss nicht überschießend sein darf, dem oder den Begünstigten sohin nicht die Mehrheit der Stimmrechte bei dieser Entscheidung (bei allen anderen aber sehr wohl) eingeräumt werden darf.

Zu begrüßen ist letztlich auch die Rekurslegitimation der Vorstandsmitglieder im firmenbuchgerichtlichen Abberufungsverfahren.