

# Die Unvereinbarkeit zwischen Organen eines Begünstigten und Stiftungsvorstandsmitgliedern (vor dem BBG 2011)

**Ein Vollmachts- oder Auftragsverhältnis zwischen einem Begünstigten und einem Vorstandsmitglied wurde vor dem BBG 2011 in § 15 Abs 2 PSG nicht als Unvereinbarkeit genannt. Auch Organe einer juristischen Person, die Begünstigte ist, sind nach der Aufzählung in § 15 Abs 3 PSG nicht von einem Vorstandsmandat ausgeschlossen. Das Firmenbuch ist aber jedenfalls berechtigt, im Rahmen seiner materiellen Prüfpflicht zur Offenlegung eines bestehenden Vollmachtsverhältnisses aufzufordern.**

PSG: § 15 Abs 2 und 3  
OLG Wien  
13.12.2010, 28 R  
197/10m

## **Begründung:**

Dem Rekurs wird **nicht Folge** gegeben.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist zulässig.

## **Begründung:**

Am 9.3.2010 beantragte der Stiftungsvorstand der K-Privatstiftung, vertreten durch die G Rechtsanwälte GmbH, die Eintragung der Stiftung im Firmenbuch. Als Mitglieder des Stiftungsvorstandes wurden Dr. C G (Vorsitzender), Dr. G M (stellvertretender Vorsitzender) und Dr. P Ö zur Eintragung angemeldet.

Punkt 7 der Stiftungsurkunde nennt als Stiftungszweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung in näher genannten Fachbereichen (vor allem auf dem Gebiet der Erkenntnistheorie in den Biowissenschaften).

Punkt 10 der Stiftungsurkunde lautet:

„Stiftungsbegünstigung

Begünstigte sind Institutionen und Personen, die in in Punkt 7 genannten Wissensbereichen wissenschaftlich oder forschend tätig sind und vom Stiftungsvorstand nach in der Stiftungszusatzurkunde näher bestimmten Regeln festgelegt werden.“

Mit Zwischenerledigung vom 8.4.2010 erteilte das Erstgericht Verbesserungsaufträge, denen nach Bewilligung mehrerer Fristerstreckungsanträge weitgehend entsprochen wurde. Keine Folge leistete der Stiftungsvorstand dem folgenden – im Rekursverfahren interessierenden - Auftrag:

„Von den Vorständen ist eine Erklärung gemäß § 15 Abs 2 PSG abzugeben; es ist zu erklären, ob sie rechtsberatenden Berufen angehören. Gegebenenfalls ist weiters zu erklären, ob sie als Berater der Stifter oder von Begünstigten fungieren/fungiert

haben. Die Erklärungen sind in beglaubigter Form abzugeben.“

Bereits mit der Anmeldung legte der Stiftungsvorstand folgende (nicht beglaubigte) Erklärung seiner Mitglieder vom 9.3.2010 vor (Beilage 2):

„Die unterzeichnenden Mitglieder des Vorstandes der K Privatstiftung erklären hiermit ausdrücklich, dass im Zusammenhang mit ihrer Bestellung gemäß Stiftungsurkunde vom 9.3.2010 unter Berücksichtigung der Personen der darin genannten Begünstigten keine Ausschließungsgründe im Sinne des § 15 PSG gegeben sind.“

Im Schriftsatz vom 30.6.2010 stellte sich der Stiftungsvorstand auf den Standpunkt, es bestehe keine Verpflichtung zur „Vorlage einer Erklärung der Stiftungsvorstände über das Nichtvorliegen einer Unvereinbarkeit nach § 15 PSG“. Keinesfalls bestehe eine gesetzliche Grundlage dafür, eine solche Erklärung in beglaubigter Form zu verlangen. Zur „Erläuterung der Umstände“ werde zusätzlich zur bereits vorgelegten Erklärung vom 9.3.2010 zur Stellung der Mitglieder des Stiftungsvorstandes Folgendes ausgeführt:

„Die bestellten Mitglieder des ersten Stiftungsvorstandes der K-Privatstiftung sind Organe des Begünstigten. Das Mitglied des Stiftungsvorstandes Dr. C G ist Geschäftsführer und Gesellschafter der G Rechtsanwälte GmbH [...]. Die G Rechtsanwälte GmbH ist für den Begünstigten rechtsberatend tätig. Das Mitglied des Stiftungsvorstandes Dr. P Ö ist Geschäftsführer und Gesellschafter der P Wirtschaftsprüfungs GmbH & Co KG [...]. Die P Wirtschaftsprüfungs GmbH & Co KG ist mit der Buchhaltung und steuerlichen Beratung des Begünstigten betraut. Keines der Mitglieder des Stiftungsvor-

standes steht in einem Vollmacht- bzw Auftragsverhältnis mit dem Begünstigten, das auf die Ausübung der Organschaft im Stiftungsvorstand der K-Privatstiftung gerichtet ist.“

In seiner weiteren Zwischenerledigung vom 6.7.2010 wies das Erstgericht darauf hin, dass die Praxis der Firmenbuchgerichte, beglaubigt unterfertigte Erklärungen gemäß § 15 Abs 2 PSG zu verlangen, der Verpflichtung zur materiellen Prüfung, ob zwingende Normen des Privatstiftungsgesetzes verletzt würden, entspringe. Im Hinblick auf die Entscheidung 6 Ob 145/09f werde der Stiftungsvorstand um Mitteilung ersucht, ob der Antrag in der vorliegenden Form (Eintragung von Vorständen, welche als Berater Begünstigter tätig seien) aufrecht erhalten werde.

Der Stiftungsvorstand hielt mit Schriftsatz vom 13.7.2010 an seiner Ansicht fest, dass es dem noch offenen Verbesserungsauftrag an einer gesetzlichen Grundlage fehle. Unter Bezugnahme auf die vom Erstgericht zitierte Entscheidung merkte er an, dass „kein Mitglied des Stiftungsvorstandes der K-Privatstiftung vom Begünstigten der Privatstiftung zur Ausübung des Vorstandsmandates bevollmächtigt bzw beauftragt ist“.

Hierauf wies das Erstgericht mit dem **angefochtenen Beschluss** das Eintragungsbegehren ab.

Zur Begründung führte es aus, das Firmenbuchgericht habe Eintragungsbegehren im Rahmen seiner formellen und materiellen Prüfungspflicht dahin zu prüfen, ob zwingende Bestimmungen des Privatstiftungsgesetzes oder andere gesellschaftsrechtliche Normen verletzt werden. Es habe die Anmeldung und die mit dieser vorzulegenden Beilagen insbesondere auf ihre Richtigkeit, Vollständig-

keit und Gesetzmäßigkeit sowie auf ihre Übereinstimmung mit der Stiftungsurkunde zu überprüfen. Gegenstand der Prüfung sei vor allem auch, ob die Privatstiftung den Vorschriften des Privatstiftungsgesetzes entsprechend errichtet worden sei (Arnold, PSG<sup>2</sup> § 13 Rn 6). Im Wege dieser materiellen Prüfpflicht habe das Firmenbuchgericht die absolute Unabhängigkeit der Mitglieder des Stiftungsvorstandes im Sinne des § 15 Abs 2 und Abs 3 PSG zu überprüfen. Nach § 15 Abs 2 PSG könne ein Begünstigter, dessen Ehegatte sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt seien, nicht Mitglied des Stiftungsvorstandes werden. Ergänzend dehne § 15 Abs 3 PSG den Kreis auf bestimmte Beteiligte (deren Ehegatten bzw Verwandte) an juristischen Personen, die Begünstigte sind, aus. Beide Bestimmungen stellten zwingendes Recht dar.

Die Privatstiftung habe im Gegensatz zu anderen juristischen Personen weder Eigentümer noch Mitglieder oder Gesellschafter. Sie werde vom Stiftungsvorstand vertreten und verwaltet, ihr Vermögen sei nach dem erklärten Willen des Stifters zu verwenden (SZ 70/92 ua). Die Verselbstständigung des Vermögens und die fehlende Kontrolle durch Eigentümer und das Nichtvorhandensein von Gesellschaftern erfordere sowohl im öffentlichen Interesse als auch im Interesse der Privatstiftung selbst eine funktionsfähige Organisation und deren effiziente Kontrolle, um die Gefahr von Missbrauch oder Schädigung hintanzuhalten und um die Erfüllung des Stifterwillens zu gewährleisten (SZ 70/92, 73/196 ua).

Unter Hinweis auf diese im Wesen der Privatstiftung begründete besondere Schutzwürdigkeit forderten Lehre und Rechtsprechung daher eine neutrale Besetzung des Stiftungsvorstandes, um seine Objektivität zu wahren und um Interessenkollisionen zu vermeiden. Diese neutrale Besetzung solle die Einhaltung der Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 15 Abs 2 und Abs 3 PSG gewährleisten. Durch sie sollten die Objektivität des Stiftungsvorstandes bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung gewahrt und Interessenkollisionen vermieden werden. Vorgebeugt werden solle vor allem kollidierenden Interessen der Begünstigten an Geld- oder Sachbezügen einerseits sowie

der Privatstiftung an der Verwirklichung des Stifterwillens andererseits (Arnold, aaO § 15 Rn 21; vgl auch RIS-Justiz RS0114600). Dem Stiftungsvorstand obliege die Vollziehung der Begünstigtenregelung, sodass die Wahrung seiner Objektivität auch dem Schutz der Erfüllung des Stiftungszwecks sowie dem Schutz allfälliger Gläubiger und des sonstigen Rechtsverkehrs diene. Gerade bei Beachtung der Zuwendungssperre des § 17 Abs 2 zweiter Satz PSG werde man von Personen, die nicht Begünstigte seien oder diesen naheständen, einen höheren Grad an Objektivität erwarten dürfen (Arnold, aaO § 15 Rn 21). Die angeführte ratio dieser Bestimmung erfordere, die Unvereinbarkeit auch auf Vertreter der Begünstigten zu erstrecken, könnte doch andernfalls die Regelung des § 15 Abs 2 und Abs 3 PSG leicht umgangen werden (6 Ob 145/09f).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage und der jüngsten Rechtsprechung könne sich die Ausdehnung der Unvereinbarkeitsbestimmungen über den gesetzlichen Wortlaut hinaus nicht einzig auf Vertreter von Begünstigten, die von diesen zur Ausübung des Vorstandsmandates bevollmächtigt und beauftragt seien, beschränken. Die Aussage des OGH in der Entscheidung 6 Ob 145/09f sei vielmehr auf alle Vertreter von Begünstigten zu erstrecken, weil sonst eine Interessenkollision nicht auszuschließen sei. Als Rechts- bzw Steuerberater des Begünstigten hätten Dr. G und Dr. Ö einerseits die Interessen ihres Klienten, andererseits als Vorstandsmitglieder die Interessen der Stiftung zu vertreten. Bei dieser Konstellation liege es nahe bzw sei es möglich, dass einander entgegengesetzte Interessen des Stiftungsvorstandes einerseits und des Begünstigten andererseits (zB bei Entscheidungen über Zuwendungen) gegenüber stünden. Von einer neutralen und unabhängigen Besetzung des Stiftungsvorstandes, wie sie das Wesen der Privatstiftung erfordere, könne im vorliegenden Fall daher nicht gesprochen werden. Dabei spiele es keine Rolle, dass das Vollmachtsverhältnis zur Rechtsanwalts- bzw zur Steuerberatungsgesellschaft bestehe, deren Geschäftsführer Dr. G bzw Dr. Ö seien.

In der Firmenbuchpraxis werde im Sinne der materiellen Prüfpflicht, obwohl das Gesetz dies nicht vorsehe, von sämtlichen

Mitgliedern des Stiftungsvorstandes gefordert, das Nichtvorliegen einer Unvereinbarkeit gemäß § 15 Abs 2 und Abs 3 PSG in einer beglaubigten Erklärung zu bescheinigen. Zusätzlich hätten sie in Entsprechung der jüngsten Judikatur des OGH zu erklären, ob sie rechtsberatenden Berufen angehörten und gegebenenfalls, ob sie als Berater der Stifter oder von Begünstigten fungieren bzw fungiert haben. Nur unter diesen strengen Auflagen sei die absolute Unabhängigkeit des Stiftungsvorstandes im Einklang mit dem oben dargelegten Wesen der Privatstiftung und im Interesse der Stifter, der Stiftung, der Gläubiger sowie im öffentlichen Interesse gewährleistet.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der **Rekurs** des Stiftungsvorstandes mit dem Abänderungsantrag, dem Eintragungsbegehren stattzugeben; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Rekurs ist **nicht berechtigt**.

1. Der Rekurswerber wiederholt seine schon im Verfahren erster Instanz vorgebrachten Argumente. Die „absolute Unabhängigkeit“ der Mitglieder des Stiftungsvorstandes sei nach dem PSG keine Bestellungsvoraussetzung. Eine Gesetzeslücke liege im Hinblick auf die in § 15 Abs 2 und Abs 3 PSG normierten Unvereinbarkeitsbestimmungen und die Möglichkeit der gerichtlichen Abberufung nach § 27 Abs 2 PSG nicht vor. Die Unvereinbarkeitsbestimmungen umfassten über bestimmte Gesellschafter begünstigter juristischer Personen hinaus nicht auch deren Organe (Organmitglieder). Sofern sie überhaupt auf Vertreter von Begünstigten anzuwenden seien, so nur auf solche, die „zur Ausübung des Vorstandsmandats bevollmächtigt und beauftragt sind“. Nur auf sie sei auch die Entscheidung 6 Ob 145/09f zu beziehen, wie der darin begründend herangezogene Vergleich mit § 118 Abs 1 Satz 2 AktG erkennen lasse. Schließlich habe das Erstgericht ohne gesetzliche Grundlage die öffentliche Beglaubigung der abverlangten Erklärungen aufgetragen.

2. Voranzustellen sind folgende – anonymisiert wiedergegebenen – Ausführungen des OGH zu 6 Ob 145/09f = Arnold, GesRZ 2009,348 = Eiselsberg, ZfS 2009,152 = Oberndorfer, ZfS 2009, 164 und 192 (Lauss/Lang) = PSR 2009/17 S 99 (Winner) = GeS 2009,336 (Mager) = eclex 2010/20 S 59 (Reich-Rohrwig) =

GesRZ 2010,63 (Kalss) = wbl 2010,42/17 = Limberg, PSR 2010/3 S 19 = Kerschbaum/Janovsky, JEV 2010/14 = JEV 2010,18/1 = NZ 2010/17 S 75 = Zentrum für Stiftungsrecht, GesRZ 2010,155 = ZFR 2010/45 S 84 = Limberg, ecolex 2010,254 = AnwBl 2010,294 = RdW 2009/807 S 840, welcher Entscheidung die Bestellung eines im Folgenden als *Dr. L\*\*\*\*\** bezeichneten Vorstandsmitgliedes durch das Gericht gemäß § 27 Abs 1 PSG zugrunde liegt:

Nach § 15 Abs 2 PSG können ein Begünstigter, dessen Ehegatte sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein. Ergänzt wird diese Regelung durch § 15 Abs 3 PSG, der den Kreis auf bestimmte Beteiligte (und deren Ehegatten bzw Verwandte) an juristischen Personen, die Begünstigte sind, ausdehnt. Beide Bestimmungen stellen zwingendes Recht dar (6 Ob 180/04w SZ 2004/177 = Ges 2005, 154 [N. Arnold]; N. Arnold, PSG<sup>2</sup> § 15 Rz 19; H. Torggler in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen 65 ff; Sabine Schmidt in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts 177; vgl auch 2 Ob 277/04f).

Durch die Unvereinbarkeitsbestimmungen sollen die Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung gewahrt und Interessenkollisionen vermieden werden (ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 15 PSG). Vorgebeugt werden soll vor allem kollidierenden Interessen der Begünstigten am Erhalt eines Geld- oder Sachbezugs einerseits und der Privatstiftung an der Verwirklichung des Stifterwillens andererseits (5 Ob 278/00a ecolex 2001/312; 2 Ob 277/04f RdW 2006/591 = ecolex 2006/324). Die Wahrung der Objektivität des Stiftungsvorstands dient zusätzlich auch dem Schutz allfälliger Gläubiger und des sonstigen Rechtsverkehrs (H. Torggler in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen 65; N. Arnold, PSG<sup>2</sup> § 15 Rz 21; vgl auch E. Stern, RdW 1997, 521 [522]; Hirsch, Privatstiftung: Letztbegünstigter als Vorstandsmitglied? RdW 1998, 721 [725 ff]; Micheler in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 321; Sabine Schmidt aaO 176 ff). Als weiteren Grund nennt die Literatur teilweise auch die Vermeidung von Streitigkeiten zwi-

schen mehreren Begünstigten (Sabine Schmidt aaO 178; aA N. Arnold PSG<sup>2</sup> § 15 Rz 21).

Dass diese gesetzliche Regelung möglicherweise bei Familienstiftungen Probleme mit sich bringen kann, weil eine Person sich zwischen der Begünstigtenstellung und dem Stiftungsvorstandsmandat entscheiden muss (kritisch im Hinblick darauf Strasser, JBl 2000, 487 [497], der von einer „unverständlichen Fehlkonstruktion“ spricht), ändert am zwingenden Charakter dieser Bestimmungen nichts (N. Arnold, PSG<sup>2</sup> § 15 Rz 20).

Die angeführte ratio dieser Bestimmung erfordert, die Unvereinbarkeit auch auf Vertreter der Begünstigten zu erstrecken, könnte doch andernfalls die Regelung des § 15 Abs 2 und 3 PSG leicht umgangen werden. Dies gilt jedenfalls für ein aufrechtes Vollmachtsverhältnis. In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass etwa im Gesellschaftsrecht ein Stimmrechtsausschluss auch auf den Vertreter des Betroffenen durchschlägt. So gilt etwa, wenngleich das Gesetz dies - im Gegensatz zu § 142 Abs 1 letzter Satz dAktG - nicht ausdrücklich ausspricht, der Stimmrechtsausschluss nach § 118 Abs 1 Satz 2 AktG nicht nur für den betroffenen Aktionär selbst, sondern auch für jeden, der von ihm als Vertreter, Treuhänder oder Legitimationsaktionär seine Stimmberichtigung ableitet (Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> § 114 Rz 20 und § 118 Rz 6; 6 Ob 28/08y).

Hingegen wäre eine frühere (abgeschlossene) Tätigkeit als Vertreter unschädlich, soweit nicht in besonderen Ausnahmefällen, etwa wegen des außergewöhnlichen Umfangs der Vertretung und des bezogenen Honorars der Anschein entstehen könnte, der betreffende Organwalter sei bei der Ausübung seines Amtes als Mitglied des Stiftungsvorstands nicht mehr unvoreingenommen. In diesem Fall könnte das Gericht gemäß § 27 Abs 2 PSG das betreffende Organmitglied auch abberufen. Umgekehrt würden derartige Umstände naturgemäß der Bestellung der betreffenden Person zum Organmitglied durch das Gericht entgegenstehen.

Dabei ist nicht unbedingt erforderlich, dass *Dr. L\*\*\*\*\** persönlich Bevollmächtigter von Begünstigten war. Vielmehr wäre es auch ein wichtiger Grund, wenn die Rechtsanwaltpartnerschaft, der er als

Partner angehört, in einem derartigen Vertretungsverhältnis stand oder steht. Das Ausmaß der Beteiligung spielt hierbei - entgegen der in der Revisionsrekursbeantwortung vertretenen Rechtsansicht - keine Rolle.

Nach herrschender Ansicht sind wichtige Gründe im Sinne des § 27 Abs 2 PSG nämlich alle bedeutsamen Umstände, die die Belange der Gesellschaft bzw Privatstiftung gefährden oder ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar machen (7 Ob 700/88 SZ 61/260 = ecolex 1990, 90; 8 Ob 563/89 = ecolex 1991, 324; N. Arnold, PSG<sup>2</sup> § 27 Rz 23).

Dabei können auch Interessenkollisionen, die (noch) nicht den Grad einer Unvereinbarkeit erreichen, einen wichtigen Grund für die Abberufung eines Organmitglieds bilden, wenn dadurch die Verfolgung des Stiftungszwecks, insbesondere bei Vollziehung der vom Stifter vorgesehenen Begünstigtenregelung oder das sonstige ordnungsgemäße Funktionieren der internen Kontrollsysteme nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet ist (6 Ob 278/00a ecolex 2001/312; N. Arnold, PSG<sup>2</sup> § 27 Rz 24).

Im Rahmen der Entscheidung nach § 27 Abs 1 und 2 PSG ist letztlich immer auch eine Prognoseentscheidung vorzunehmen. Entscheidend ist, ob die Verfolgung des Stiftungszwecks mit ausreichender Sicherheit in Zukunft gewährleistet ist (6 Ob 74/99x RdW 1999, 718 = JBl 2000, 49; 6 Ob 278/00a = ecolex 2001/312; N. Arnold, PSG<sup>2</sup> § 27 Rz 24). Dabei ist im Hinblick auf die bei der Privatstiftung fehlenden externen Kontrollmechanismen bei der Beurteilung, ob ein Abberufungsgrund vorliegt, kein allzu strenger Maßstab zugrunde zu legen (N. Arnold, PSG<sup>2</sup> § 27 Rz 24). Vielmehr erfordert die „Verselbständigung“ des Vermögens, die fehlende Kontrolle durch Eigentümer und das Nichtvorhandensein von Gesellschaftern - sowohl im öffentlichen Interesse als auch im Interesse der Privatstiftung selbst - eine funktionsfähige Organisation und deren effiziente Kontrolle, um die Gefahr von Missbrauch oder Schädigung hintanzuhalten und um die Erfüllung des Stifterwillens zu gewährleisten (6 Ob 278/00a ecolex 2001/312; N. Arnold, PSG<sup>2</sup> § 27 Rz 24 aE).

In diesem Sinne werden die Vorinstanzen daher im fortgesetzten Verfahren detaillierte Feststellungen zu Art und Umfang der Tätigkeit von Dr. L\*\*\*\*\* für die Begünstigten zu treffen haben. Außerdem werden nähere Feststellungen zu dem angeblichen Darlehensprozess über 1.000.000 EUR und das Verfahren gegen H\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\* zu treffen sein, die eine Beurteilung hinsichtlich einer allfälligen Interessenkollision oder des Vorliegens sonstiger wichtiger Gründe, die einer Bestellung von Dr. L\*\*\*\*\* entgegenstehen könnten, ermöglichen.

3. Die zu dieser Entscheidung in Fachzeitschriften veröffentlichten Stellungnahmen, welche großteils auch im Rekurs zitiert werden, hat Limberg in *ecolex* 2010, 254 ff wie folgt zusammengefasst:

N. Arnold [...] ist der hier erörterten E gegenüber ablehnend eingestellt und kritisiert zunächst die "überschießenden" Ergebnisse des OGH (*GesRZ* 2009, 348 ff). Zwar sei den grundsätzlichen Ausführungen des OGH zum Wesen der Unvereinbarkeitsbestimmungen beizupflichten, doch bezöge § 15 PSG die Vertrauenspersonen von Begünstigten eben gerade nicht in den Kreis der aus dem Stiftungsvorstand ausgeschlossenen Personen mit ein. Ein bloßer (Rechts-)Vertreter eines Begünstigten sei daher richtigerweise von der Vorstandsfunktion nicht ausgeschlossen, solange er nicht als bloßer Strohmann bzw Treuhänder des Begünstigten agiere. Dies komme aber üblicherweise kaum vor, da ja das Vorstandsmitglied (in dieser Hinsicht) mit der Privatstiftung, und nicht mit dem Begünstigten, in Rechtsverhältnis stehe. Auch ein Abberufungsgrund wegen Interessenkollision (§ 27 PSG) liegt in derartigen Konstellationen nach Ansicht von N. Arnold grundsätzlich nicht vor. Ausnahmsweise könne bei Prüfung (und Prognose) im Einzelfall ein solcher Interessenkonflikt aber hervorkommen, was dann zur Abberufung führe.

Auch Eiselsberg hat sich in einem umfassenden Beitrag zu den jüngsten E im Privatstiftungsrecht kritisch geäußert (*ZfS* 2009, 160). Eiselsberg betont in diesem Beitrag insb auch den Zweck und die Existenzberechtigung der Privatstiftung als vom Stifter abgeleitetes Gebilde und möchte daher tendenziell dem Stifter eine starke Position in der Privatstiftung einräumen. Entsprechend betrachtet er den

aus der E folgenden Eingriff "in das vom Stifterwillen gedeckte Gefüge" eher skeptisch.

Auch Lauss/Lang haben die E zu 6 Ob 145/09f in einer Glosse besprochen (*ZfS* 2009, 192) und kommen zu dem Schluss, dass in konsequenter Fortführung des OGH auch die Vertreter von Angehörigen der Begünstigten von § 15 PSG erfasst werden müssten, was eine massive Ausweitung des unvereinbaren Personenkreises bedeutete, ohne dass in diesen Fällen überhaupt das Vorliegen einer konkreten Interessenkollision geprüft werde. Lauss/Lang arbeiten weiters heraus, dass der vom OGH aus dem Gesellschaftsrecht herangezogene Grundsatz, wonach ein Stimmrechtsausschluss auch für den zur Abstimmung entsandten Stimmberechtigten gelte, hier insoweit verfehlt sei, als die gesellschaftsrechtliche Vollmacht in einem solchen Fall ja gerade für die Ausübung des Stimmrechts gelte, während "ein allgemeines Mandat eines Rechtsvertreters oder steuerlichen Vertreters eines Begünstigten nicht die Vollmacht zur Ausübung der Vorstandsfunktion mit einem bestimmten Auftrag beinhaltet und rechtlich auch nicht beinhalten kann". Die Autoren fordern daher anstatt der vom OGH angedeuteten Pauschalverurteilung von Vertretungsverhältnissen eine Prüfung einer etwaigen Interessenkollision im Einzelfall.

Die Folgen eines Vertretungsverhältnisses eines Vorstandsmitglieds zu einem Begünstigten sehen Lauss/Lang bloß in einem relativen Bestellungsman gel. Eine klassische Unvereinbarkeit iSd § 15 PSG (mit der Sanktion des automatischen Amtsverlustes der betreffenden Person) lehnen die Autoren für diesen Fall hingegen ab.

Weiters hat sich auch Oberndorfer (*ZfS* 2009, 164) mit den zwei jüngsten Privatstiftungs-E befasst. Hinsichtlich der E 6 Ob 145/09f schließt sich Oberndorfer im Wesentlichen der Ansicht von Lauss/Lang an und rät insb, die Folgen einer Interessenkollision bloß in einem relativen Bestellungsverbot zu sehen und damit die Bestellung (auch eines Vertreters eines Begünstigten) bis zur etwaigen Abberufung als wirksam zu beurteilen.

Auch Winner hat die E 6 Ob 145/09f glossiert (*PSR* 2009, 99). Er gelangt zu dem Schluss, dass - entgegen dem ersten Eindruck - nicht § 15 PSG, sondern § 27

PSG "Rechtsgrundlage der gefällten Entscheidung" sei. Denn die Annahme eines echten Bestellungs hindernisses iSd § 15 Abs 2 und 3 PSG (das zur automatischen Nichtigkeit der Bestellung führe) sei mit der Systematik des PSG nicht in Einklang zu bringen. Die Wirkung eines unzulässigen Vertretungsverhältnisses läge daher lediglich in einem Abberufungsgrund, nicht aber in einer Nichtigkeit der Bestellung (bzw der im Amt gefassten Beschlüsse).

Obwohl Winner eingesteht, dass der OGH in der E 6 Ob 145/09f in einem aufrechten Vollmachtsverhältnis "jedenfalls" eine "Unvereinbarkeit" sieht, will Winner bei Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses dennoch differenzieren und im Rahmen des § 27 PSG jeweils im Einzelfall prüfen, ob tatsächlich eine Interessenkollision vorliegt. Zuletzt hat Reich-Rohrwig in einer umfassenden Glosse zur E (*ecolex* 2010/20, 59) Stellung bezogen. Neben den bereits erwähnten Punkten bringt Reich-Rohrwig insb auch teleologische und rechtspolitische Überlegungen ein. Reich-Rohrwig lehnt es entschieden ab, einen berufsmäßigen Parteienvertreter, "dem also kollidierende Interessen schon aus der Berufserfahrung nicht völlig fremd" seien und der zudem über ausreichend Fach- und Detailkenntnis verfüge sowie einem strikten Standesrecht unterliege, ohne weitere Abwägung, bloß aufgrund eines Vertretungsverhältnisses zu einem Begünstigten, von der Vorstandsposition auszuschließen. Weiters kritisiert Reich-Rohrwig die unklare Reichweite der E, insb hinsichtlich der miteinbezogenen Vertretungsverhältnisse. Konsequenterweise weitergeführt, so Reich-Rohrwig, müsste die E 6 Ob 145/09f wohl auch zum Ausschluss persönlicher Freunde der Begünstigten führen, und damit einen Stifter, der gleichzeitig auch Begünstigter ist, dazu zwingen den Vorstand mit "völlig fremden" Mitgliedern zu besetzen. Eine solche Regelung könne aber (i) dem Gesetz nicht unterstellt werden und (ii) einen Missbrauch auch nicht verhindern, weshalb die E abzulehnen sei.

Neben diesen durchwegs kritischen Reaktionen finden sich im Schrifttum aber auch positivere Reaktionen. So stimmt Schauer der OGH-E mit dem Vorbehalt zu, dass das Wort "Vollmachtsverhältnis" durch "Auftragsverhältnis" ersetzt werden solle (*Liechtenstein-journal* 2009, 129 ff).

Bei Mager (GeS 2009, 336) findet sich sogar eine (fast) uneingeschränkt zustimmende Stellungnahme, die er damit begründet, dass die Vertretung von Begünstigten bei gleichzeitiger Funktion als Stiftungsvorstand "für jeden Anwalt einen unüberwindbaren Interessenkonflikt dar[stelle], der weder mit den gesetzlichen noch mit den berufsrechtlichen Bestimmungen in Einklang gebracht werden kann.

Seine eigene Ansicht stellt Limberg zuletzt wie folgt dar (eocolex 2010, 256):

*Der OGH vermengt in der E 6 Ob 145/09f unzulässigerweise § 15 und § 27 PSG. Zwar behandeln beide Normen (auch) die Unvereinbarkeit bzw Interessenskollision bei Organmitgliedern, dies jedoch mit verschiedenen Voraussetzungen und Rechtsfolgen. So begründet § 15 Abs 2 und 3 PSG nach hA ein absolut wirkendes Bestellungsverbot, das zur Nichtigkeit des Bestellungsaktes führt. Demgegenüber gewährt § 27 Abs 2 PSG nur ein Abberufungsrecht aus wichtigem Grund (welcher auch in einer Interessenskollision liegen kann), belässt aber die betreffende Organbestellung bis zur Abberufung aufrecht (und die vorgenommenen Handlungen wirksam).*

*Die Rechtsfolgen der jeweiligen Rechtsgrundlage sind also grundverschieden: Verstöße gegen die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 15 PSG erfordern keine Abwägung bzw Prognoseentscheidung und bewirken eine absolut nichtige Bestellung; nach § 27 PSG kann (muss) hingegen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, worunter im Einzelfall auch eine Interessenskollision subsumiert werden kann, das betreffende Organmitglied abberufen werden.*

4. Der erkennende Senat hat erwogen:

4.1. Dem Rekurswerber ist darin zuzustimmen, dass ein Vollmachts- oder Auftragsverhältnis zwischen dem Begünstigten und dem Vorstandsmitglied im § 15 Abs 2 PSG nicht als Unvereinbarkeit genannt wird. Ebenso trifft es zu, dass nach § 15 Abs 3 PSG, falls eine juristische Person Begünstigter ist, natürliche Personen, die an der juristischen Person iSd § 244 Abs 2 UGB beteiligt sind, sowie deren Ehegatte, deren Lebensgefährte und näher bezeichnete Verwandte der natürlichen Person dem Stiftungsvorstand nicht angehören dürfen, während

Organe (Organmitglieder) der juristischen Person nicht aufgezählt sind. Ferner ist anzumerken, dass nach dem Entwurf eines „Budgetbegleitgesetz-Justiz 2011-2013“ die Novellierung des PSG ua durch Einfügung eines Abs 3a im § 15 mit folgendem Wortlaut geplant ist (Artikel 14 Z 4):

*„Abs 2 und Abs 3 sind auch auf Personen anzuwenden, die von Begünstigten, deren Angehörigen (Abs 2) oder in Abs 3 genannten ausgeschlossenen Personen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand beauftragt wurden.“*

4.2. Selbst wenn man der Entscheidung 6 Ob 145/09f (nur) insoweit folgt, als ein aufrechtes Vollmachtsverhältnis mit dem Begünstigten im Einzelfall zu einer Interessenskollision des in den Vorstand nominierten Vertreters führen kann, ist es nicht zu beanstanden, wenn das Erstgericht im Rahmen seiner materiellen Prüfpflicht zur Offenlegung des bestehenden Vollmachtsverhältnisses aufgefordert hat. Bestehen nämlich Anhaltspunkte dafür, dass im Bezug auf die zur Eintragung angemeldeten Vorstandsmitglieder ein Abberufungsgrund nach § 27 Abs 2 PSG vorliegt, ist es dem Firmenbuchgericht nicht verwehrt, bereits im Eintragungsverfahren darüber Aufklärung zu verlangen und gegebenenfalls die Eintragung zu verweigern. Gemäß § 27 Abs 2 PSG hat das Gericht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch von Amts wegen mit der Abberufung des Mitglieds eines Stiftungsorgans vorzugehen. Es wäre nicht einzusehen, müsste das Gericht bei Interessenskollisionen, welche zwar (noch) nicht den Grad einer Unvereinbarkeit erreichen, wohl aber einen wichtigen Grund für die Abberufung bilden (vgl N. Arnold aaO § 27 Rn 24), das betreffende Organmitglied eintragen, gleichzeitig aber seine Abberufung und Löschung in die Wege leiten.

Dass – entgegen der Ansicht des Rekurswerbers - auch nach der Entscheidung 6 Ob 145/09f nicht allein auf das Mandat zur Wahrnehmung der Interessen des Begünstigten im Stiftungsvorstand abzustellen ist, ergibt sich aus dem vom OGH an die Vorinstanzen erteilten Auftrag, detaillierte Feststellungen zu Art und Umfang der Tätigkeit des Vorstandsmitgliedes für die Begünstigten sowie im Zusammenhang mit konkret bezeichneten Verfahren zu treffen.

Da sich der Rekurswerber auf die Erklärung beschränkte, dass „kein Mitglied des Stiftungsvorstandes der K-Privatstiftung vom Begünstigten der Privatstiftung zur Ausübung des Vorstandsmandates bevollmächtigt bzw beauftragt ist“, und sich zu weiteren Angaben über ein zwischen Vorstandsmitgliedern und dem Begünstigten bestehendes Vollmachtsverhältnis nicht verpflichtet erachtete, steht die Abweisung des Eintragsbegehrens im Einklang mit der geltenden Rechtslage.

4.3. Darauf, ob die Funktion der Vorstandsmitglieder als Organ(mitglied) der begünstigten juristischen Person ebenfalls zu einer Interessenskollision führen kann, kommt es vor diesem Hintergrund nicht mehr an. Ebenso wenig ist hier entscheidungswesentlich, inwieweit die Formvorschrift, dass die Unterschriften auf der Anmeldung öffentlich beglaubigt sein müssen (vgl N. Arnold aaO § 12 Rn 13), auf die vom Firmenbuchgericht im Rahmen seiner materiellen Prüfpflicht abverlangten Erklärungen ausgedehnt werden kann.

5. Dem Rekurs war daher der Erfolg zu versagen.

Der Ausspruch über die Zulässigkeit des ordentlichen Revisionrekurses beruht auf § 15 FBG iVm den §§ 59 Abs 1 Z 2, 62 Abs 1 AußStrG. Die Frage der Reichweite der zu 6 Ob 145/09f entwickelten Grundsätze ist über den Einzelfall hinaus von Bedeutung.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

Abt. 28, am 13. Dezember 2010