(Rückforderung von) Vorstandsvergütungen

1. **Die Aufnahme von Regelungen über die zukünftige Vorstandsvergütung in die Stiftungserklärung objektiviert die Entgeltbemessung und schließt Interessenkollisionen (als wesentliches Element des Schutzzwecks des § 17 Abs 5 PSG) aus. Eine gerichtliche Zustimmung nach § 17 Abs 5 PSG ist daher nicht erforderlich.**
2. **Umso mehr muss dies gelten, wenn der Stifter im Nachhinein eine bereits erbrachte und daher in ihrem Umfang bekannte Tätigkeit mit einer betraglich bestimmten Summe honoriert.**
3. **Wurde die Vorstandsvergütung nicht in die Stiftungserklärung aufgenommen oder im Außerstreitverfahren durch das Gericht bestimmt, fehlt die Rechtsgrundlage für die Auszahlung und besteht daher kein Anspruch auf Auszahlung. Eine bereits gezahlte Vergütung kann bereicherungsrechtlich zurückgefordert werden, ohne dass es auf den entstandenen Nutzen ankommt.**

PSG: §§ 17, 19, 33

OGH 10.08.2010, 1Ob214/09s

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden teilweise abgeändert, sodass die Entscheidung - unter Einschluss des bestätigenden Ausspruchs - insgesamt zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen 4.360,37 EUR samt 4 % Zinsen seit 2. 1. 2007 zu bezahlen.

Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei weitere 233.119,81 EUR samt 4 % Zinsen seit 2. 1. 2007 zu bezahlen, wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 9.091,96 EUR (darin enthalten 1.515,22 EUR USt) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen."

Die klagende Partei ist schuldig der beklagten Partei die mit 3.478,26 EUR (darin enthalten 579,71 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens sowie die mit 2.504,70 EUR (darin enthalten 417,45 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Mit vom Beklagten aufgenommenem Notariatsakt vom 23. 6. 1999 hat Ing. G***** W***** als Stifter die klagende Privatstiftung errichtet. In § 5 der Stiftungserklärung behielt sich der Stifter das Recht vor, die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde zu ändern. Am selben Tag wurde ebenfalls vom Beklagten eine Stiftungszusatzurkunde errichtet. Die Klägerin wurde am 31. 7. 1999 im Firmenbuch eingetragen. Die ersten Stiftungsvorstände der klagenden Privatstiftung waren der Beklagte sowie zwei weitere Personen.

Die Klägerin wurde aus steuerrechtlichen Gründen im Zusammenhang mit der beabsichtigten Veräußerung der „D***** GmbH" errichtet. Der Stifter brachte einen Teil seiner Geschäftsanteile in die Stiftung ein. Die Gesellschaft wurde in der Folge in eine AG umgewandelt. Im Dezember 1999 veräußerte die Stiftung ihre Unternehmensanteile um einen Kaufpreis von 275 Mio ATS. Die bereits vor Gründung der Klägerin begonnenen Verkaufsverhandlungen führten der Beklagte, ein Steuerberater, der zugleich Stiftungsprüfer war, sowie eine weitere Person aus dem späteren Stiftungsvorstand. Nach Abschluss und Unterfertigung des Kaufvertrags legten der Stifter und der Beklagte in Anwesenheit des weiteren Vorstandsmitglieds die Vergütung des Beklagten für die Veräußerung der AG und die Errichtung der Klägerin mit einem Betrag von 2.000.000 ATS zuzüglich 20 % USt fest. Mit Beschluss des Stiftungsvorstands vom 10. 1. 2000 entschied die Klägerin, den Betrag aus dem Stiftungsvermögen zu bezahlen. Der Stifter unterfertigte diesen Beschluss eigens mit, die Auszahlung erfolgte durch die Stiftungsvorstände im Beisein des Stifters.

Im Juni 2001 wies der Stiftungsprüfer die Klägerin darauf hin, dass die Bezahlung des Honorars des Beklagten (und des weiteren Stiftungsvorstands) § 19 PSG zuwiderlaufe und das Gericht für die Bestimmung der Höhe der Vergütung zuständig sei. Eine Sanierungsmöglichkeit bestehe darin, dass der Stifter die Vorstandsvergütungen als Ergänzung in der Stiftungszusatzurkunde festlege. In diesem Sinn verfasste und unterfertigte der Stifter am 16. 2. 2002 einen Nachtrag zur Stiftungszusatzurkunde über die „außerordentliche einmalige Vergütung der Mitglieder des Stiftungsvorstands". Darin heißt es, dass für alle mit der Gründung und Errichtung der Stiftung

sowie alle mit dem Verkauf des Geschäftsanteils an der AG zusammenhängenden Tätigkeiten, insbesondere die monatelangen Verhandlungen mit den Käufern, gemäß dem über Vorschlag des Stifters einstimmig gefassten Beschluss der Vorstandsmitglieder, dem Beklagten einen Pauschalbetrag von 2.190.300 ATS inklusive USt zugesprochen werde.

Der Beklagte und Dr. K***** betreiben eine Notar-Partnerschaft in Form einer O(E)G. Dr. K***** legte der Klägerin für die Errichtung und grundbücherliche Durchführung eines Liegenschaftskaufvertrags eine Honorarnote über 12.652 EUR, die die Klägerin bezahlte. Die Zahlung erfolgte auf ein Konto lautend auf „Öffentliche Notare F***** F***** K***** Partnerschaft". Ähnlich wurde mit zwei weiteren Honorarnoten Dr. K*****s für Tätigkeiten im Zusammenhang mit einem Liegenschaftskauf und einem Nachtrag zur Stiftungsurkunde, der allerdings inhaltlich vom Beklagten konzipiert worden war, verfahren.

Die Stiftungsvorstände und der Stifter vereinbarten darüber hinaus, dass der Beklagte für seine Tätigkeit als Stiftungsvorstand ein pauschales jährliches Honorar von 4.360,37 EUR erhalte. Der Beklagte legte für die Jahre 2003 und 2004 über diese Beträge eine Honorarnote, die von der Klägerin bezahlt wurde. In der Stiftungserklärung findet sich keine Regelung über diese jährliche Vorstandsvergütung, es gibt keinen formalen Beschluss der Stiftung darüber. Die Klägerin war auf Wunsch des Stifters in dieser Zeit wirtschaftlich aktiv, insbesondere erfolgten Liegenschaftskäufe in Wien und Kärnten, deren Abwicklung mit erheblichem Aufwand für die Stiftungsvorstände verbunden war.

Darüber hinaus war der Beklagte in den Jahren 2001 bis 2004 auch als Rechtsberater der L***** GmbH tätig, deren Geschäftsführer und alleiniger Gesellschafter der Stifter war. Für die dortige Tätigkeit wurde mündlich ein Pauschalhonorar von jährlich 34.800 EUR vereinbart. Grundlage dafür waren die bis zum Abschluss der Vereinbarung vom Beklagten erbrachten Leistungen. Der Beklagte sollte dafür vereinbarungsgemäß auch Tätigkeiten für den Stifter persönlich und eine weitere damals zum Vermögen des Stifters gehörende GmbH erbringen. Der Beklagte war nach der Vereinbarung nicht verpflichtet, einen Leistungsnachweis zu führen, er legte für den Zeitraum vom 1. 1. 2001 bis 31. 12. 2004 mehrere Rechnungen, die von der L***** GmbH bezahlt wurden. Diese hat ihre allenfalls bestehenden Rückforderungsansprüche, die mit Außenständen bei der Klägerin verrechnet wurden, an die Klägerin abgetreten.

Die Klägerin begehrte zuletzt Zahlung von 237.480,18 EUR sA, nämlich die Rückzahlung der Entnahme von 159.175,31 EUR laut Ergänzung zur Stiftungszusatzurkunde vom 16. 2. 2002 sowie jeweils von 50 % der in den Jahren 2003 bis 2005 von der klagenden Privatstiftung bezahlten Honorare von insgesamt 34.809,74 EUR und von der L***** GmbH in den Jahren 2002 bis 2005 bezahlter Honorare von insgesamt 121.800 EUR. Der Stifter habe bis zum Jahr 2005 nicht erkannt, dass die Tätigkeit des Beklagten zum Teil nicht zu seinem bzw dem Vorteil der Stiftung erfolgte, und sei davon ausgegangen, dass das Honorar von 159.175,31 EUR dem Beklagten für seine Tätigkeit zustünde. Dieser Entnahme aus dem Stiftungsvermögen stehe keine Gegenleistung gegenüber. Der Stifter habe nicht gewusst, dass eine derartige Entlohnung eines Vorstandsmitglieds aus der Stiftung der Genehmigung des Gerichts bedürfe. Die Gewährung des Honorars durch den am 16. 2. 2002 vom Stifter verfassten Nachtrag zur Stiftungszusatzurkunde sei nicht gesetzeskonform. Die klagende Privatstiftung habe daher insbesondere bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche nach § 1431 ABGB. Der Beklagte habe für seine Tätigkeit in der Sache D***** (AG) gesondert ein Honorar von 840.000 ATS in Rechnung gestellt und vereinnahmt und für eine Reihe von weiteren Tätigkeiten für die Klägerin bzw die L***** GmbH unaufgeschlüsselte Honorarnoten gelegt. Die Tätigkeiten des Beklagten seien nicht nachvollziehbar, zumindest die Hälfte der geleisteten Honorarzahlungen nicht gerechtfertigt. Ein Pauschalhonorar sei niemals vereinbart und nur deshalb bezahlt worden, weil der vom Beklagten leicht beeinflussbare Stifter der Beteuerung, dass der Wert der tatsächlich erbrachten Leistungen viel höher gewesen sei als der Pauschalbetrag, Glauben geschenkt habe. Die klagende Privatstiftung stütze sich daher auf den Anfechtungsgrund des Irrtums über den Umfang der Leistung und die Angemessenheit des Honorars, hilfsweise auch auf Verkürzung über die Hälfte. Sowohl die L***** GmbH als auch der Stifter hätten zum Ausgleich von Schulden ihre Rückforderungsansprüche an die Klägerin abgetreten.

Der Beklagte wandte ein, der Stifter habe sämtliche wirtschaftlichen Entscheidungen allein getroffen und auch andere Unternehmen erfolgreich geführt. Er habe den Beklagten als Pauschalentschädigung für alle Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Errichtung der Stiftung und des Verkaufs der Anteile an der AG das strittige Honorar angeboten. Dabei sei man übereingekommen, dass diesen Betrag die Klägerin, die auch über „das Surrogat" des Unternehmensverkaufs verfügt habe, bezahle. Der Nachtrag zur Stiftungsurkunde habe dem Willen des Stifters entsprochen. Der Stiftungsvorstand habe im Einverständnis mit dem Stifter weiters beschlossen, dass der Beklagte für seine Tätigkeit als Stiftungsvorstand eine jährliche Entschädigung von 4.360,37 EUR erhalte. Dieser Betrag sei „fremdüblich". Die den weiteren Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bildenden Honorarnoten beträfen Leistungen des Notars Dr. K*****; der Beklagte sei nicht passiv legitimiert. Eine Solidarhaftung der Notarpartnerschaft, der der Beklagte und Dr. K***** angehörten, bestehe nicht, weil das Auftragsverhältnis ausschließlich zu seinem Partner bestanden habe. Der Beklagte und der Stifter hätten auch vereinbart, dass der Beklagte für seine Tätigkeit für den Stifter persönlich, die L***** GmbH und eine weitere GmbH in rechtlichen Angelegenheiten uneingeschränkt zur Verfügung stehe. Als Gegenleistung dafür sei ein jährliches Pauschalhonorar von 29.000 EUR zuzüglich USt vereinbart worden. Im Hinblick auf die Pauschalvereinbarung habe der Beklagte keine exakten Aufzeichnungen seiner Tätigkeit geführt, diese sei aber ausgiebig genutzt worden. Bei tarifmäßiger Verrechnung der Tätigkeit wäre diese mit einem weit über der Pauschale liegenden Betrag abzugelten gewesen. Die Zahlung eines

im Vorhinein vereinbarten Pauschalbetrags über Jahre hindurch stelle überdies ein Anerkenntnis dar und bilde sogar bei Leistungen in Kenntnis der Nichtschuld einen Kondiktionsausschlussgrund. Im Übrigen sei die Rückforderung verjährt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Im Hinblick auf die nachträgliche in die Stiftungserklärung eingefügte besondere Regelung über die einmalige Vorstandsvergütung bleibe für die Bestimmung durch das Gericht gemäß § 19 Abs 2 PSG kein Raum. Eine Gesetzwidrigkeit, die zur Nichtigkeit des Nachtrags zur Stiftungsurkunde führe, liege nicht vor. Mit Dr. K***** liege keine gemeinschaftliche Berufsausübung vor, die Klägerin sei daher nicht gegenüber dem Beklagten rückforderungsberechtigt. Eine Vergütung der übrigen Vorstandstätigkeit sei in der Stiftungsurkunde nicht geregelt und vom Gericht nicht festgelegt. Die Leistung könne daher mangels Rechtsgrundlage gemäß § 1431 ABGB zurückgefordert werden. Bei bewusster Inanspruchnahme einer Dienstleistung werde aber § 1152 ABGB analog angewendet, sodass es nicht auf den verschafften Nutzen ankomme, sondern ein angemessenes Entgelt gebühre. Das Gericht könne den Wert gemäß § 273 ZPO nach freier Überzeugung festsetzen. Die vereinbarte Entschädigung des Beklagten sei jedenfalls angemessen für seine Vorstandstätigkeit. Letztlich begründe die zwischen der L***** GmbH und dem Beklagten getroffene Pauschalvereinbarung ein Dauerschuldverhältnis mit Elementen des Dienstvertrags und der Geschäftsbesorgung. Was aufgrund einer Vereinbarung geleistet werde, könne aber nicht nach Bereicherungsrecht zurückverlangt werden. Für die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums oder laesio enormis betrage die Verjährungsfrist nach § 1487 ABGB aber drei Jahre ab Vertragsabschluss und sei daher verjährt.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung unter Hinweis auf § 508a ZPO. Die ordentliche Revision ließ es mangels erheblicher Rechtsfrage nicht zu. Nach Verwerfung der Mängelrüge und der Tatsachenrüge gelangte es in rechtlicher Hinsicht ebenfalls zur Auffassung, dass durch die Änderung der Stiftungszusatzurkunde am 16. 2. 2003 die außerordentliche einmalige Vergütung des Beklagten geregelt wurde und daher die Genehmigung durch das Gericht nicht erforderlich gewesen sei. Auf die Frage, ob der Beklagte dadurch zum Begünstigten geworden und seine Funktion als Vorstand automatisch erloschen sei, sei mangels Entscheidungsrelevanz nicht einzugehen. Hinsichtlich des an Dr. K***** ausbezahlten Honorars sei die Berufung nicht gesetzmäßig ausgeführt, weil sie nicht vom festgestellten Sachverhalt ausgehe. Die Vergütung des Stiftungsvorstands habe das Erstgericht zu Recht nach § 273 ZPO festgesetzt. Auch die Höhe sei nicht zu beanstanden, weil feststehe, dass insbesondere die Abwicklung der Liegenschaftskäufe der Klägerin mit erheblichem Aufwand der Stiftungsvorstände verbunden gewesen sei. Im Zusammenhang mit der Tätigkeit für die L***** GmbH sei das Vorbringen, dass der Beklagte als Notar nur das NTG anwenden könne und eine Pauschalvereinbarung daher rechtsunwirksam sei, eine unerhebliche Neuerung. Letztlich sei aufgrund der Tatsachenfeststellung nicht davon auszugehen, dass der Stifter als Geschäftsführer der Gesellschaft außer Stande gewesen sei, die Rechtslage hinsichtlich der vereinbarten Honorare zu beurteilen, weshalb die Rechtsrüge auch hier nicht gesetzmäßig ausgeführt sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin.

Die Revisionsbeantwortung beantragt, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung:

Die Revision ist zulässig, aber nur teilweise berechtigt.

A. Die behauptete Mangelhaftigkeit wurde geprüft; sie liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 dritter Satz ZPO).

B. Zur Rechtsrüge:

1. Zur Einmalzahlung:

1.1. Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, dass der Beschluss des Stiftungsvorstands gesetzwidrig gewesen sei und durch die nachträgliche Änderung der Stiftungszusatzurkunde durch den Stifter nicht saniert habe werden können. Es habe einer gerichtlichen Genehmigung nach § 19 Abs 2 PSG bedurft. Die Änderung der Stiftungszusatzurkunde durch den Stifter sei auch deshalb unzulässig, weil er der alleinige Begünstigte der Stiftung gewesen sei.

1.2. Dieser Auszahlung lag nach den Feststellungen die Tätigkeit des Beklagten bei der Errichtung der Klägerin und der Veräußerung der der Stiftung zugewendeten GmbH-Anteile - nach Umwandlung der GmbH in eine AG - zu Grunde. Eine feststellungsmäßige Abgrenzung, inwieweit dem Aufträge des Stifters oder der Stiftung zu Grunde lagen bzw inwieweit der Beklagte als Vorstand der Privatstiftung tätig wurde, erfolgte nicht.

Eine nähere Aufklärung ist aber aus nachstehenden Erwägungen nicht notwendig:

1.3. Ein Vorstandsmitglied einer Privatstiftung kann für die Privatstiftung entweder im Rahmen seiner Organbestellung iSd § 17 PSG tätig werden oder davon unabhängig mit der Privatstiftung einen Vertrag über zu erbringende Leistungen abschließen. Die Vergütung für erstere Tätigkeit regelt § 19 PSG, die Vorgangsweise bei der zweiten Variante § 17 Abs 5 PSG. Danach ist mangels eines Aufsichtsrats bei Verträgen der Stiftung mit einem Vorstandsmitglied neben der Genehmigung durch alle Mitglieder des Stiftungsvorstands die gerichtliche Genehmigung erforderlich. Dies bedeutet, dass eine Stiftung ohne Aufsichtsrat für die Regelung der schuldrechtlichen Rechtsbeziehung zum Vorstand in der Regel das Gericht zu befassen hat (*Ch. Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helblich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, 157).

1.4. Nach § 17 Abs 1 PSG bestehen umfassende Aufgaben des Stiftungsvorstands, der die Privatstiftung verwaltet und vertritt und für die Erfüllung des Stiftungszwecks zu sorgen hat. Nach *Csoklich* (Rechtsgeschäfte mit und Vergütung von Vorstandsmitgliedern, ZfS 2006, 99) zählen ganz allgemein Vertretungshandlungen ebenso wie die laufende steuerliche und rechtliche Beratung zur Tätigkeit des Stiftungsvorstands, die, sofern eine Vergütungsregelung in der Stiftungsurkunde vorgesehen ist, dieser Regelung entsprechend abzugelten ist,

ohne dass es noch einer Genehmigung durch das Gericht bedürfte. Die Vertretung in einem Abgabenverfahren oder Gerichtsverfahren treffe unmittelbar die Privatstiftung und die Frage der Erfüllung des Stiftungszwecks; wenn entsprechende Fachkompetenz im Stiftungsvorstand vorhanden sei, sei es weder erforderlich noch in vielen Fällen sachgerecht, derartige Tätigkeiten fremd zu vergeben. Unter § 17 Abs 5 PSG zu subsumieren wären daher nur solche Rechtsgeschäfte, bei denen das Rechtsgeschäft in keinem Zusammenhang mit der Tätigkeit als Vorstandsmitglied steht.

Auf die Doppelrolle des Rechtsanwalts als Berater und Mitglied des Stiftungsvorstands geht etwa *Hochedlinger* (Honorierung der Vorstandstätigkeit und Geschäfte der Privatstiftung, AnwBl 2007, 249 ff) ein. Von der Vergütung der Mitglieder des Stiftungsvorstands zu unterscheiden sei demnach neben dem Ersatz von im Zuge der Erfüllung der Aufgaben entstehenden Aufwendungen die Entlohnung für von Mitgliedern des Stiftungsvorstands erbrachte Beratungsleistungen, zumal Stiftungsvorstandsmitglieder ihre Funktion in aller Regel als „Nebenbeschäftigung“ ausüben und darüber hinaus oftmals punktuell als spezialisierte Berater für die Stiftung tätig werden. Gefährlich werde es für Vorstandsmitglieder, wenn diese selbst, ohne gebotene Zustimmung des Gerichts ein „Vorstandshonorar“ auszahlten. Eine allfällige Zustimmung des Stifters zu derartigen Zahlungen ändere dabei angesichts der ausschließlich gegenüber der Privatstiftung bestehenden Verantwortung des Stiftungsvorstands nichts an der Unzulässigkeit einer solchen Vorgangsweise. Nicht nur Transaktionen wie Liegenschaftsverkäufe zwischen der Stiftung und einem Vorstandsmitglied seien problematisch, sondern auch die Beauftragung eines Vorstandsmitglieds mit der laufenden Rechtsberatung für die Stiftung. Diese sei - soweit nicht von der ordentlichen Verwaltung und Vertretung iSd § 17 Abs 1 PSG umfasst - grundsätzlich ein unzulässiges Insichgeschäft. In diesem Fall sei nicht nur die Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands, sondern auch jene des Gerichts notwendig. Unstreitig nicht unter die gewöhnliche Geschäftsführung und Vertretung durch den Stiftungsvorstand subsumiert werden könnte etwa eine „due diligence“-Prüfung vor einem geplanten Beteiligungsinvestment einer Stiftung. Ein solcher Auftrag einer Privatstiftung an ein anwaltlich tätiges Vorstandsmitglied bedürfe daher, einschließlich der damit verbundenen Vergütung, der Genehmigung des Gerichts.

1.5. Daneben kann der Stiftungsvorstand nach § 17 Abs 3 Satz 2 PSG einzelne seiner Mitglieder zur Vornahme bestimmter Arten von Geschäften organschaftlich ermächtigen oder einzelnen Mitgliedern rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften erteilen. Dies liegt nach 6 Ob 155/06x vor, wenn der Stiftungsvorstand ein Stiftungsvorstandsmitglied mit der laufenden rechtlichen (Beratung und) Vertretung der Privatstiftung beauftragt. Dabei handle es sich um ein Insichgeschäft, das der gerichtlichen Genehmigung nach § 17 Abs 5 PSG bedürfe.

1.6. Nach *Csoklich* (Rechtsgeschäfte mit und Vergütung von Vorstandsmitgliedern, ZfS 2006, 99) sei § 17 Abs 5 PSG zwingend und könne in der Stiftungsurkunde nicht abgeändert werden, wohingegen § 19 Abs 2 PSG hinsichtlich der Höhe der Vergütung für die Tätigkeit als Stiftungsorgan eine Regelung in der Stiftungsurkunde ermögliche.

Eine Berechtigung des Vorstands zum Selbstkontrahieren durch die Stiftungserklärung ist nicht möglich. Es handelt sich um eine zwingende Ordnungsvorschrift, die auch den Stifter selbst vor einer falschen Einschätzung der Interessenlage schützen soll (*Ch. Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helblich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, 157).

1.7. Zum Verhältnis von § 17 Abs 5 zu § 19 Abs 2 PSG:

Anfänglich wurde vertreten, dass § 17 Abs 5 PSG als speziellere Regelung dem § 19 Abs 2 PSG vorgehe und daher für die Frage der schuldrechtlichen Rechtsbeziehung des Vorstands zur Privatstiftung jedenfalls die Zustimmung des Gerichts erforderlich sei. Nach *Ch. Nowotny* (in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helblich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, 157) stelle § 17 Abs 5 PSG eine lex specialis gegenüber § 19 PSG dar, wodurch eine gerichtliche Mitwirkung, wenn kein Aufsichtsrat besteht, jedenfalls notwendig sei.

Ginthör (in *Arnold/Ginthör*, Der Stiftungsvorstand, 62 f) nimmt die Anwendbarkeit des § 17 Abs 5 PSG an, wenn der Stiftungsvorstand die Höhe seiner Vergütung selbst festlegt und konkrete Richtlinien zur Bestimmung der Höhe der Stiftungserklärung nicht vorhanden sind. Auch die Erläuterungen zur Regierungsvorlage erwähnten demnach, dass die übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands möglicherweise nicht ganz unbefangen seien, weil das betreffende Mitglied des Stiftungsvorstands seinerseits über ihren eigenen Anstellungsvertrag befinde.

Arnold (Privatstiftungsgesetz § 19 Rz 18) sähe den Anwendungsbereich der in § 19 PSG ausdrücklich zugelassenen Gestaltungsmöglichkeiten weitestgehend wegfallen, würde man bei der Vergütung eine zwingende Zuständigkeit und Mitwirkung des Gerichts annehmen; § 19 Abs 2 PSG sei daher lex specialis gegenüber der allgemeinen Regelung des § 17 Abs 5 PSG und nicht umgekehrt.

Wie der Oberste Gerichtshof bereits in 6 Ob 73/99z darlegte, geben die Gesetzesmaterialien des PSG zum Verhältnis des § 19 zu § 17 Abs 5 PSG keine Auskunft. Sind bereits in der Stiftungserklärung konkrete Rahmenbedingungen für die ebenfalls schon konkret festgelegten Tätigkeitsbereiche der Vorstandsmitglieder vorgesehen, bleibt für die gerichtliche Genehmigung kein Raum. Dagegen spricht auch nicht, dass die Stiftungszusatzurkunde keine fixen Beträge nennt. Mit dem Hinweis auf die Honorarordnung soll dem Leistungsprinzip Rechnung getragen werden. Dies wäre bei Festlegung fixer Beträge schwer möglich. Lässt sich das jeweilige Honorar der Stiftungsmitglieder durch Bezugnahme auf Honorarrichtlinien anhand der aufgewendeten Zeit und nach Art der Tätigkeit korrekt errechnen, bedarf die Bestimmung der Vergütung für die Vorstandsmitglieder, soweit sie den

einschlägigen Honorarbestimmungen entsprechend erfolgte, keiner weiteren gerichtlichen Befassung.

1.8. Soweit hier mit der Einmalvergütung eine Tätigkeit als Vorstandsmitglied abgegolten worden sein sollte, ermöglicht § 19 PSG grundsätzlich die Festlegung der Vergütung durch den Stifter. Soweit damit Tätigkeiten, die § 17 Abs 5 PSG unterfallen, abgegolten wurden, stellt sich die Frage, ob auch der Stifter selbst an diese Bestimmung gebunden ist oder ob er eine Vergütung dafür ohne gerichtliche Genehmigung in der Stiftungsurkunde bzw Zusatzurkunde regeln kann.

1.9. Zur Änderungsbefugnis des Stifters gemäß § 33 PSG allgemein:

1.9.1. Die Möglichkeit, Satzungsänderungen vorzunehmen, ist ein typisches Merkmal für Organisationsformen, bei denen die Willensbildung letztendlich auf Gesellschafter oder auf Mitglieder, die Eigentümerinteressen oder eigentümerähnliche Interessen verfolgen, zurückzuführen ist. Der theoretische Stiftungsbegriff geht dagegen von der Unabhängigkeit der bestehenden Stiftung von ihrem Stifter und von dem am Bestand der Stiftung interessierten Personen aus (*K. Berger* in *Doralt/Kalss/Nowotny*, PSG § 33 Rz 2 mwN). Die Stiftung nach dem PSG weicht aber insofern von diesem theoretischen Stiftungsbegriff ab, als es dem Stifter die Verfolgung von eigentümerähnlichen Interessen vorbehält und diese sogar über das Bestandinteresse an der Stiftung stellt (vgl § 34 PSG).

Nach dem Entstehen der Privatstiftung als Rechtsträger ist diese zwar vom Stifter getrennt; er ist nicht Mitglied der Stiftung oder Eigentümer des Stiftungsvermögens und das Gesetz selbst sieht keinen Zugriff auf das Vermögen, auf das Stiftungsgeschehen oder Kontrollrechte des Stifters vor (6 Ob 85/01w = SZ 74/92; 3 Ob 169/07k; RIS-Justiz RS0115134). Einflussmöglichkeiten des Stifters können sich aber aus der Stiftungserklärung und aus dem Recht zur Änderung der Stiftungserklärung oder zum Widerruf der Stiftung ergeben. Bei einem umfassenden, nicht eingeschränkten Änderungsvorbehalt in der Stiftungserklärung ist grundsätzlich jede Änderung der Stiftungsurkunde zulässig (3 Ob 217/05s unter Verweis auf 6 Ob 61/04w; RIS-Justiz RS0120753). Änderungen der Stiftungserklärung sind im Gesetz nicht näher determiniert und können daher auch in der Form ausgeübt werden, dass Auszahlungen angeordnet werden. Die Änderungsbefugnis des Stifters umfasst auch Änderungen des Stiftungszwecks, der Begünstigten und Letztbegünstigten, die Höhe und Fälligkeit von Zuwendungen (3 Ob 217/05s; 3 Ob 16/06h; *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 42 mwN).

Nach *Ch. Nowotny* (Stifterrechte - Möglichkeiten und Grenzen, JBl 2003, 782) berechtigt in Fällen, in denen die Begünstigten aufgrund der Stiftungserklärung keinen klagbaren Anspruch auf Leistungen aus der Stiftung haben, eine weit formulierte Änderungsklausel auch dazu, die Begünstigung einzuschränken oder auszuschließen. Nur in Fällen, in denen sich (sei es auch erst durch Auslegung der Stiftungsurkunde) ein klagbarer Anspruch der Begünstigten ergibt, wird ein Eingriff im Wege der Änderung der Stiftungserklärung teilweise abgelehnt (*Diregger/Winner* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 119 f; *Ch. Nowotny*, Stifterrechte - Möglichkeiten und Grenzen, JBl 2003, 782; *Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 43 mwN; *K. Berger* in *Doralt/Kalss/Nowotny*, PSG § 33 Rz 21).

Nach *Ch. Nowotny* (Stifterrechte - Möglichkeiten und Grenzen, JBl 2003, 782) ist es dem Stifter jedenfalls gestattet, durch eine Änderung der Stiftungserklärung die Veranlagung oder die Verwendung des Vermögens abweichend zu regeln. Der Stifter kann lediglich nicht über eine Änderung der Stiftungserklärung eine Vermögenswidmung in der Weise umändern, dass damit das Stiftungsvermögen an ihn zurückfällt. Dies wäre nur mit einem Widerruf möglich. Widerrufsgleiche Änderungen der Stiftung sind daher, wenn sie nur auf § 33 PSG gestützt werden können, unzulässig (*V. Hügel*, Stifterrechte in Österreich und Liechtenstein, 41; *Rasteiger*, Die nachträgliche Anpassung von Privatstiftungen, 44 f).

1.9.2. Beim Änderungsrecht handelt es sich um ein einseitiges Gestaltungsrecht des Stifters, das er durch einseitige Willenserklärung, die dem Stiftungsvorstand zugehen muss, ausüben kann. Eine Zustimmung von Organen der Privatstiftung oder eine Genehmigung des Gerichts ist grundsätzlich nicht erforderlich (*Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 37).

1.9.3. Das im PSG festgelegte Mindestvermögen einer Stiftung ist ein Mindestanfangsvermögen. Kapitalerhaltungsbestimmungen enthält das PSG nicht, sondern lediglich eine Zuwendungssperre in § 17 Abs 2 zweiter Satz PSG sowie Bestimmungen zu Gunsten der Gläubiger im Zusammenhang mit der Abwicklung der Privatstiftung (vgl § 36 PSG). Der Stifter kann den Stiftungsvorstand - jedenfalls im Rahmen dieser „Gläubigerschutzbestimmungen“ - durch entsprechende Änderung der Stiftungserklärung verpflichten, Stiftungsvermögen an ihn oder an von ihm bestimmte Personen auszukehren. Durch die Änderung der Stiftungserklärung ist eine solche Vermögensauskehr auf einfache Art und Weise möglich, weil das PSG eben echte Kapitalerhaltungsvorschriften, insbesondere eine Ausschüttungssperre, nicht kennt (*K. Berger* aaO § 33 Rz 23 mwN).

1.10. Im vorliegenden Fall hat sich der Stifter sowohl die Änderung der Stiftungsurkunde selbst als auch jene der Stiftungszusatzurkunde vorbehalten. Hinweise auf eine Einschränkung der Änderungsbefugnis im Hinblick auf die Begünstigten, ergaben sich nicht. Angesichts der der Stiftung allein durch die Veräußerung der Unternehmensanteile zugeflossenen Aktiva im Verhältnis zur Höhe des Honorars, über das der Stifter mit Änderung der Stiftungszusatzerklärung verfügte, liegen auch keinerlei Indizien vor, dass dadurch irgendwelche der aufgezeigten Grenzen der Änderungsmöglichkeit nach § 33 PSG berührt worden wären.

1.11. Zum Spannungsverhältnis des Änderungsrechts zu § 17 Abs 5 PSG ist zu sagen, dass § 17 Abs 5 PSG die Gefahr der Schmälerung des Stiftungsvermögens durch kollusiv handelnde Vorstandsmitglieder verhindern soll. Hat der Stifter aber die Vergütung ausdrücklich gestattet, so sind keine gegenläufigen Interessen Dritter erkennbar, die höher zu bewerten wären

(vgl *Kunz*, Rahmenvereinbarungen für anwaltliche Beratung durch den Stiftungsvorstand, in *Eiselsberg*, Stiftungsrecht Jahrbuch 2007, 120).

Die Aufnahme entsprechender Regelungen in die Stiftungserklärung objektiviert die Entgeltbemessung und schließt Interessenkollisionen aus. Die Interessenkollision als wesentliches Element des Schutzzwecks des von § 17 Abs 5 PSG ist diesfalls zu verneinen. Enthält die Stiftungserklärung zB einen Verweis auf eine Honorarrichtlinie und lässt sich anhand der aufgewendeten Zeit und Art der Tätigkeit das Honorar objektiv berechnen, erfolgt insoweit eine Objektivierung und bedarf die Auszahlung dieses Betrags keiner gerichtlichen Genehmigung iSd § 17 Abs 5 PSG (6 Ob 73/99z).

1.12. Umso mehr muss dies gelten, wenn der Stifter, wie hier, im Nachhinein eine bereits erbrachte und daher in ihrem Umfang bekannte Tätigkeit mit einer betraglich bestimmten Summe honoriert. Damit wird ein über den Fall der Entscheidung 6 Ob 73/99z hinausgehendes Maß an Objektivierung erreicht. Der erkennende Senat gelangt daher zu dem Ergebnis, dass auch hier der Stifter die Vergütung unabhängig von § 17 Abs 5 PSG gültig festlegen konnte.

1.13. Zum Vorbringen, der Beklagte wäre durch den Nachtrag zur Stiftungszusatzurkunde zum Begünstigten geworden und seine „Mitgliedschaft“ (gemeint wohl: im Vorstand der Privatstiftung) automatisch aufgrund der Unvereinbarkeit beendet worden:

§ 19 Abs 1 PSG bedeutet nach einigen Literaturstimmen auch eine Begrenzung der Höhe der Vergütung nach oben. Eine überhöhte Vergütung würde demnach das Vorstandsmitglied zum Begünstigten machen und es so vom Vorstandsamt ausschließen (*Ch. Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helblich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, 157; *Torggler*, Stiftungsvorstand und Begünstigte - Gewaltentrennung in Theorie und Praxis in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen, Gestaltungs möglichkeiten in der Praxis, 71; *Ch. Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helblich*, Handbuch, 157).

Andere halten dagegen, dass nicht jeder, der ein überhöhtes Entgelt bezieht, deswegen zum Begünstigten der Stiftung wird (vgl zum Werkunternehmer, der einen erhöhten Werklohn erhält: *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Privatstiftungsgesetz § 19 Rz 1; *Fischer*, Die Organisationsstruktur der Privatstiftung, 35).

1.14. Selbst wenn eine (exorbitant) überhöhte Vergütung ein Vorstandsmitglied zum Begünstigten werden ließe, würde das nichts an der Gültigkeit der Zuwendung ändern, was hier alleine zu prüfen ist. Ob der Beklagte dadurch allenfalls seine Funktion als Vorstand verloren hätte, ist dagegen nicht entscheidungsrelevant.

1.15. Dass einer solchen Änderung der Zusatzurkunde die - nicht festgestellte - Begünstigtenstellung des Stifters entgegenstünde, behauptet die Revision ununtermauert.

In der Literatur findet sich dazu bei *Hochedlinger* (Honorierung der Vorstandstätigkeit und Geschäfte der Privatstiftung, AnwBl 2007, 249 ff) der Hinweis, dass angesichts der Entscheidung 6 Ob 39/97x die Zulässigkeit der Festlegung der Vorstandsvergütung durch einen Stifter, der gleichzeitig Begünstigter, allenfalls auch nur naher Angehöriger von Begünstigten, sei, fraglich erscheine.

1.16. Die Unvereinbarkeitsbestimmungen des PSG sollen nach 6 Ob 39/97x den kollidierenden Interessen der Begünstigten einerseits und jener der Stiftung an der Verwirklichung des Stifterwillens andererseits vorbeugen. Die Möglichkeit des Stifters, sich die Änderung der Stiftungsurkunde vorzubehalten, wird aber im Gesetz im Zusammenhalt mit seiner möglichen Begünstigtenstellung nicht eingeschränkt, sondern nur andere punktuelle Unvereinbarkeitsbestimmungen (vgl § 15 und 23 PSG) geschaffen. Da das österreichische Stiftungsrecht, wie bereits erwähnt, dem Stifter die Verfolgung eigentümerähnlicher Interessen vorbehält und diese sogar über das Bestandinteresse an der Stiftung stellt (vgl § 34 PSG), ist der erkennende Senat der Ansicht, dass auch eine allfällige Begünstigtenstellung des Stifters den Vorbehalt des Änderungsrechts nach § 33 PSG zumindest im hier gegebenen Zusammenhang mit der Festlegung einer Vergütung Dritter nicht beschränkt.

1.17. Stichhältige Argumente, warum eine Änderung der Stiftungsurkunde bzw Zusatzurkunde, die Vergütungen festlegt, nur in einem zeitlich engeren Zusammenhang als tatsächlich erfolgt, möglich sein sollte und deshalb eine rückwirkende Sanierung der Auszahlung nicht erfolgen konnte, enthält das Rechtsmittel nicht; sie sind auch nicht zu sehen.

1.18. Insgesamt ergibt sich daher, dass die Änderung der Stiftungszusatzurkunde wirksam war. Seit dieser Änderung (7 Ob 53/02y mwN) - zumindest aber seit deren Eintragung im Firmenbuch (*Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 33 Rz 72 mwN) - kann daher nicht mehr davon ausgegangen werden, dass die Auszahlung ohne Rechtsgrund erfolgte.

Damit muss auf die Frage, ob davor im Hinblick auf den Vorstandsbeschluss vom 12. 1. 2000 eine rechtsgrundlose Zahlung vorlag, nicht mehr eingegangen werden.

2. Zur jährlichen Vorstandsvergütung:

2.1. In diesem Zusammenhang rügt das Rechtsmittel die Anwendung des § 273 ZPO. Es fehlten notwendige Feststellungen zur Anwendung der Bestimmung. Mangels Regelung in der Stiftungsurkunde könne die Vorstandsvergütung nicht zwischen dem Stifter und dem Vorstand vereinbart werden.

2.2. Nach § 19 Abs 1 PSG ist den Mitgliedern des Stiftungsvorstands für ihre Tätigkeit eine mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Privatstiftung in Einklang stehende Vergütung zu gewähren, soweit in der Stiftungserklärung nichts anderes vorgesehen ist.

Nach Abs 2 der Bestimmung ist die Höhe der Vergütung, soweit in der Stiftungserklärung nichts anderes vorgesehen ist, auf Antrag eines Stiftungsorgans oder eines Organmitglieds vom Gericht zu bestimmen. Stiftungsvorstandsmitglieder haben daher grundsätzlich einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung.

2.3. Im vorliegenden Fall hat nach den Feststellungen die jährliche Vergütung - im Gegensatz zur Einmalzahlung - keinen Eingang in die Stiftungserklärung oder

Stiftungszusatzurkunde auch nicht in dem Sinne gefunden, dass der Stifter diese nachträglich geändert hätte. Damit ist es insoweit bei der Notwendigkeit der gerichtlichen Bestimmung nach § 19 Abs 2 PSG geblieben. Dass diese mittlerweile erfolgt wäre, steht nicht fest. Die Vorinstanzen sind daher zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass insoweit - das Klagebegehren umfasst hier die jährliche Vergütung aufgrund der Honorarnoten vom Dezember 2003 bzw Dezember 2004 über jeweils 4.360,37 EUR, wovon 50 % zurückgefordert werden - eine Rechtsgrundlage fehlt.

2.4. Es stellt sich daher die Frage, ob eine Auszahlung der Vergütung ohne gerichtliche Genehmigung in diesem Fall bereits für eine bereicherungsrechtliche Rückforderung ausreichend ist oder ob davon der Nutzen der Privatstiftung durch Ersparung von Aufwendungen in Abzug zu bringen ist, wie dies die Vorinstanzen gemeint haben.

Wenn die Stiftungserklärung bzw Stiftungszusatzurkunde keine besonderen Regelungen für die Höhe der dem Stiftungsvorstand für seine Tätigkeit zustehenden Vergütung vorsieht - aber auch nicht die Unentgeltlichkeit angeordnet ist - kann der Vorstand eine Vergütung für seine Tätigkeit iSd § 17 Abs 1 PSG nur erlangen, wenn das Verfahren nach § 19 Abs 2 PSG, also die gerichtliche Bestimmung durch das Firmenbuchgericht im Außerstreitverfahren, eingehalten wird. Eine Beschlussfassung des Vorstands - mag sie auch inhaltlich, insbesondere der Höhe nach, völlig unbedenklich sein - ist keine ausreichende Grundlage für die Auszahlung einer Vergütung für die Vorstandstätigkeit.

Könnte man - im Sinne der Vorinstanzen - einem auf dieser Basis gestellten Bereicherungsanspruch den durch die Vorstandstätigkeit verschafften Nutzen für die Privatstiftung entgegenhalten, käme dies einer Umgehung der Bestimmung des § 19 Abs 2 PSG gleich. Die Vorstände könnten dann im Ergebnis durch die Auszahlung der von ihnen allein beschlossenen Vergütung ihre Ansprüche faktisch befriedigen, ohne jemals die Vorgangsweise nach § 19 Abs 2 PSG einzuhalten. Dass bei nachfolgenden Streitigkeiten wie hier eine gerichtliche Überprüfung im streitigen Verfahren erfolgen kann, beruht auf Zufälligkeiten und kann daher am Ergebnis nichts ändern. Solange also das Firmenbuchgericht im Außerstreitverfahren die Vorstandsvergütung nach § 19 Abs 2 PSG nicht bestimmt hat, besteht nicht nur kein Anspruch auf die Auszahlung einer Vergütung, sondern kommt es im Prozess, in dem die Rückzahlung der Vergütung gefordert wird, auf den durch die Tätigkeit des betroffenen Vorstandsmitglieds der Privatstiftung entstandenen Nutzen nicht an.

Da somit die Vergütung von der Bestimmung durch das Außerstreitgericht abhängig und bis dahin ungewiss - und zudem noch nicht fällig - ist, erfolgte die Zahlung ohne ausreichenden Rechtsgrund. Sie kann daher bereicherungsrechtlich zurückgefordert werden (vgl § 1434 ABGB).

Insoweit war daher dem Klagebegehren stattzugeben. Auf die Frage der Anwendung des § 273 ZPO kommt es damit nicht mehr an.

3. Zur Pauschalhonorarvereinbarung mit der L***** GmbH und dem Stifter:

3.1. Zur Pauschalvereinbarung bringt das Rechtsmittel vor, dass diese auch im Hinblick auf das RATG und NTG unzulässig sei. Die Klägerin habe schon in erster Instanz die Gesetzwidrigkeit geltend gemacht. Dass für den Notar das NTG gelte, sei notorisch und bedürfe keines weiteren Vorbringens. Die Meinung des Berufungsgerichts, dass es sich dabei um eine Neuerung handle, sei daher unrichtig.

3.2. Pauschalhonorarvereinbarungen sind aber etwa im anwaltlichen Vertretungsrecht grundsätzlich zulässig (7 Ob 80/07a mwN). Aus welchem Grund dies für Notare anders sein sollte bzw inwiefern die in diesem Zusammenhang konkret erbrachten Leistungen dem NTG unterfallen wären, legt das Rechtsmittel nicht dar.

Der darauf aufbauenden Rechtsansicht der Vorinstanzen, dass die Pauschalhonorare aufgrund einer aufrechten Vertragsbeziehung zwischen dem Beklagten und dem Stifter als Geschäftsführer der GmbH erfolgten, ein Bereicherungsanspruch nach § 1431 ABGB aber gegenüber einem vertraglichen Anspruch subsidiär ist, tritt das Rechtsmittel nicht mehr entgegen.

Im Hinblick darauf kommt es auf das weitere Vorbringen im Rechtsmittel zu diesem Punkt nicht mehr an.

Dass die Anfechtung des Vertrags sowohl wegen Irrtums als auch wegen laesio enormis infolge Ablaufs der Verjährungsfrist gemäß § 1487 ABGB nicht mehr möglich ist, zieht die Revision nicht mehr in Zweifel.

4. Letztlich wird im Zusammenhang mit der behaupteten Beeinflussbarkeit des Stifters die Rechtsmeinung des Berufungsgerichts, dass aus den Feststellungen, die mangelnde Geschäftsfähigkeit des Stifters nicht ableitbar sei, mit dem Gegenargument bekämpft, dass sich aus diesen auch nicht seine Geschäftsfähigkeit ergebe.

Mit der behaupteten „Beeinflussbarkeit“ des Stifters wurde seine mangelnde Geschäftsfähigkeit aber nicht behauptet. Darüber hinaus ist die Geschäftsfähigkeit bei einem Volljährigen grundsätzlich anzunehmen (vgl §§ 18, 21, 865 ABGB), sodass derjenige, der sich auf eine Geschäftsunfähigkeit beruft, dafür die Beweislast trägt (RIS-Justiz RS0014645 [T5]; RS0014620; *Koch* in KBB § 865 ABGB Rz 8). Die klagende Partei ist hier weder ihrer Behauptungs- noch ihrer Beweislast nachgekommen.

5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 Abs 2 erster Fall ZPO iVm § 50 Abs 1 ZPO.

Hinweise

Quelle und Lizenz

Quelle des Entscheidungstextes: Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS), www.ris.bka.gv.at. Die Nutzung erfolgt gemäß der Lizenz Creative Commons Namensnennung 4.0 International (CC BY 4.0). Titel, Leitsätze, Normenzuordnung, interne Verlinkungen und Teile der Formatierung sind redaktionelle Ergänzungen von ARNOLD Rechtsanwälte. Leitsatz 2 entspricht dem RS0112927. Leitsätze 1 und 3 stimmen nicht notwendigerweise mit jenen des RIS (Rechtssätze, RS) überein. Maßgeblich ist der im RIS veröffentlichte Wortlaut.

Lizenztext: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de