

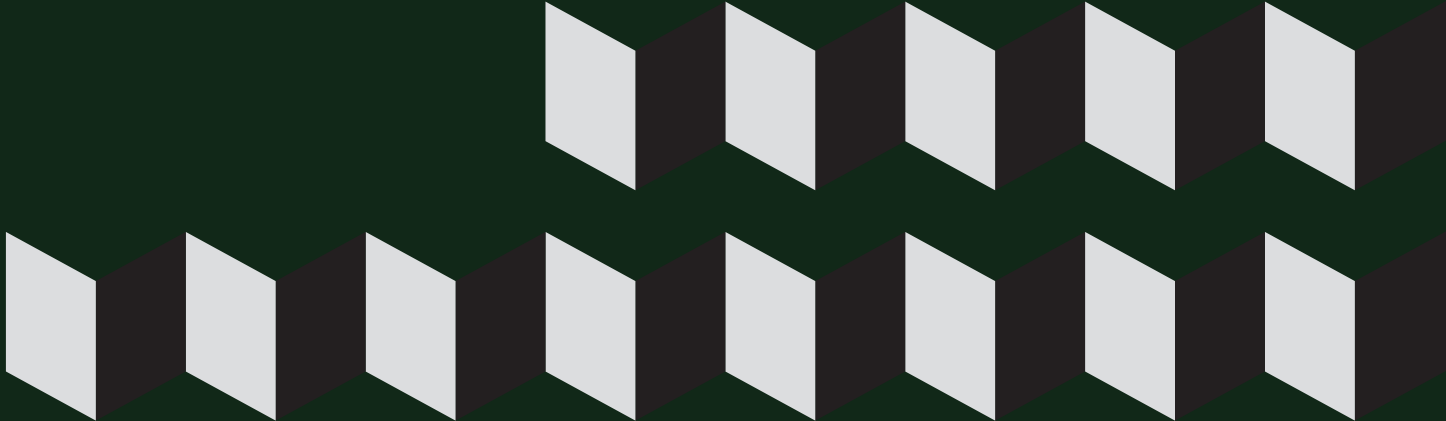


Die Privatstiftung

Nationales und internationales Stiftungsrecht

Schriftleitung

Johannes Gasser, Georg Kodek, Daniel Varro, Johannes Zollner



52 | Beiträge

Querverbindungen zwischen Stiftungs-, Zivil- und Gesellschaftsrecht

Heinrich Foglar-Deinhardstein und Alexander Gruber

57 |

Das Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz – Auswirkungen auf Privatstiftungen

Cordula Horkel-Wytrzens und Michael Petritz

63 |

Umwandlung in und Verschmelzung von Sparkassen- und Versicherungsverein-Privatstiftungen

Andreas Kampitsch

76 | Rechtsprechung

Maßgeblich für die Bewertung des Schenkungspflichtteils ist der Zeitpunkt der Schenkung, aufgewertet auf den Zeitpunkt des Erbanfalls

Georg Burger-Scheidlin

Querverbindungen zwischen Stiftungs-, Zivil- und Gesellschaftsrecht

Praxisfragen zu 2 Ob 98/17 a¹⁾

PSR 2018/16

§§ 785, 794 ABGB
aF;
§§ 788 ff, 781,
783, 785, 788
ABGB idF
ErbRÄG 2018;
§ 158 ZPO;
Art XLII EG ZPO

OGH 22. 3. 2018,
2 Ob 98/17 a

Vermögensopfer;
Stiftungs-
erklärung;
Treuepflichten

Aus der OGH-E 2 Ob 98/17 a ergeben sich äußerst praxisrelevante Hinweise zu brennenden Fragen des Stiftungsrechts, nämlich zur Vermögensopfertheorie, zum Rechtsmissbrauch, zum Verhältnis zwischen Stiftungsurkunde und -zusatzurkunde und zur Treuepflicht innerhalb einer Stiftermehrheit. Die vom 2. Senat angestellten rechtlichen Überlegungen können auch für das Zivil- und das Gesellschaftsrecht genützt werden.

Von Heinrich Foglar-Deinhardstein und Alexander Gruber

Inhaltsübersicht:

- A. Das Privatstiftungsrecht als „*case law*“
- B. Altes und Neues zur Vermögensopfertheorie
- C. Rechtsmissbrauch
- D. Verhältnis Stiftungsurkunde – Stiftungszusatzurkunde, Interpretation der Stiftungs-
erklärung
- E. Treuepflicht im Stiftungs- und im Gesellschaftsrecht
- F. Conclusio

A. Das Privatstiftungsrecht als „*case law*“

Traditionell werden im Privatstiftungsrecht die Entwicklung der Judikatur und die Rechtsfortbildung in besonderem Maß durch streitige Verfahren angetrieben. Aus Anlass eines solchen Verfahrens – konkret zu einer Erbstreitigkeit – hatte in der E 2 Ob 98/17 a der 2. Senat des OGH Gelegenheit, sich zu wichtigen stiftungsrechtlichen Fragen zu äußern. Dabei wurden verschiedene Querverbindungen ins Zivil- und ins Gesellschaftsrecht beleuchtet; hinsichtlich der erbrechtlichen Fragestellungen waren auf den Sachverhalt noch die erbrechtlichen Bestimmungen des ABGB idF vor dem ErbRÄG 2015 anzuwenden.²⁾

B. Altes und Neues zur Vermögensopfertheorie

Im Grenzgebiet zwischen Stiftungs- und Erbrecht steht seit Inkrafttreten des PSG insb die **Vermögensopfertheorie** im Brennpunkt der Aufmerksamkeit. Dieses Konzept wird dazu herangezogen, den tatsächlichen Zeitpunkt der unentgeltlichen Zuwendung von Vermögen durch den Erblasser an Dritte zu ermitteln, um in weiterer Folge einen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen des späteren Erblassers, zu Lebzeiten frei über sein Vermögen verfügen zu können, einerseits, und der Verhinderung bewusster Verkürzungen der Pflichtteilsberechtigten andererseits zu ermöglichen.³⁾

Konkret dient die Vermögensopfertheorie der Abgrenzung von Schenkungen dahingehend, ob diese für die erbrechtlich determinierte Berechnung des Pflichtteils zu berücksichtigen sind oder nicht.⁴⁾ Für den Pflichtteil sind nämlich unter gewissen Voraussetzungen Schenkungen in Anschlag zu bringen, die der Erblasser (Verstorbene) noch zu Lebzeiten gewährt hat. Der Bezug zum Stiftungsrecht ergibt sich in diesem Zusammenhang daraus, dass auch **Zuwendungen an Stiftungen** aus erbrechtlicher Perspektive als **Schenkungen im Sinne des Pflichtteilsrechts** zu qualifizieren sind.⁵⁾

Bis zum ErbRÄG 2015 war die Schenkungsanrechnung in § 785 ABGB geregelt. Nach § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF blieben insb solche Schenkungen unberücksichtigt, die früher als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers an nicht pflichtteilsberechtigte Personen gemacht worden waren. Im Umkehrschluss waren daher Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen ohne zeitliche Limitierung auf den Pflichtteil anzurechnen.

Die brisante Frage, ob eine Schenkung an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person innerhalb der Zwei-Jahres-Frist des § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF gewährt worden war oder nicht, war nach der OGH-Rsp mit Hilfe der Vermögensopfertheorie zu beantworten: Nach dieser Theorie gilt das Vermögensopfer erst als erbracht, wenn der Geschenkgeber die Schenkung nicht mehr rückgängig machen kann; erst in diesem Zeitpunkt beginnt daher die Zwei-Jahres-Frist zu laufen.

1) PSR 2018/20, in diesem Heft Seite 76.

2) Vgl § 1503 Abs 7 Z 2 ABGB (der Erblasser der streitgegenständlichen Verlassenschaft ist am 13. 11. 2010 gestorben).

3) Vgl OGH 6. 8. 2015, 2 Ob 125/15 v EvBl 2016/29 (Rohrer) = PSR 2015/49 (Zollner) = EF-Z 2015, 275 (Tschugguel) = ecolex 2015, 1047 (Fritzer) = Varro, ecolex 2015, 1101; Schneiderbauer/Zwick, Die Privatstiftung und die Erbringung des Vermögensopfers, PSR 2017/2.

4) Die rechtshistorischen Wurzeln der Vermögensopfertheorie liegen freilich nicht im Erb-, sondern im Scheidungsrecht. Vgl Umlauf, Das Vermögensopfer nach dem ErbRÄG 2015, NZ 2017, 241 (241f).

5) OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a Pkt 2; vgl schon Schauer, NZ 1993, 252; Welser in FS Aicher 865 (866) mwN; nunmehr ausdrücklich § 781 Abs 2 ABGB nF.

Die Vermögensopfertheorie ist insb für Zuwendungen an Stiftungen relevant, weil eine Privatstiftung schon aufgrund ihres Charakters als juristische Person keinesfalls pflichtteilsberechtigt sein kann, sodass jedenfalls die beschriebene Zweijahresfrist eingreift.⁶⁾ Ins Privatstiftungsrecht gewendet besagt die Vermögensopfertheorie, dass das Vermögensopfer erbracht ist, wenn die Zuwendung an die Privatstiftung nicht mehr reversibel ist. Dabei war nach alter Rechtslage das primäre Prüfkriterium, ob dem Stifter oder den Stiftern noch ein **Widerrufsrecht** zukam, in welchem Fall das Vermögensopfer jedenfalls zu verneinen war.⁷⁾ Ob auch ein (umfassender) **Änderungsvorbehalt** zugunsten des Stifters / der Stifter per se den Eintritt des Vermögensopfers hinderte, war nach alter Rechtslage nicht eindeutig geklärt: In 10 Ob 45/07 a war die Frage nicht entscheidungserheblich, weil im dort zu beurteilenden Sachverhalt Widerrufs- und Änderungsvorbehalt kumuliert bestanden. In 6 Ob 237/15 v⁸⁾ wurde ausgesprochen, dass die Ausübung isolierter (also nicht mit einem Widerrufsrecht gekoppelter) Änderungsrechte keine widerrufsgleiche Wirkung haben darf; Kontext dieser Aussage war freilich nicht die Vermögensopfertheorie, sondern die – uE anders gelagerte – Frage, ob die Gründung einer Substiftung zulässig ist, wenn der Widerruf der Stiftung ausgeschlossen ist.⁹⁾ In 2 Ob 98/17 a legte sich der 2. Senat nun – unter Berufung auf 6 Ob 237/15 v – dahingehend fest, dass ein isoliertes Änderungsrecht dem Eintritt des Vermögensopfers grundsätzlich nicht entgegenstehe; anderes gelte dann, wenn der Stifter Änderungsrechte einem Dritten einräume, die diesem Dritten Zugriff auf das Stiftungsvermögen ermöglichen, worin eine Zuwendung an diesen Dritten liegen könne. Die Bedeutung dieser Differenzierung bleibt etwas dunkel. Möglicherweise stand dem OGH ein Fall vor Augen, in dem – bei an sich vorbehaltenem Änderungsrecht – einer von zwei Stiftern die alleinige Ausübung des Änderungsrechts seinem Mitstifter überlässt; wenn dieser Transfer des Änderungsrechts an einen Mitstifter als eine Zuwendung zu sehen ist, so kann darin – oder in der Ausübung des Änderungsrechts durch den Mitstifter – offenbar noch eine Rückabwicklung der Schenkung an die Stiftung gesehen werden, sodass das Vermögensopfer erst mit der Vermögenszuwendung an den änderungsberechtigten Dritten eintritt. Allerdings sei das Vermögensopfer nach dem Dafürhalten des 2. Senats jedenfalls dann erbracht, wenn ein Stifter sein zunächst

vorbehaltenes Änderungsrecht nachträglich an die Zustimmung eines Mitstifters oder eines sonstigen Dritten bindet.¹⁰⁾

Dieser komplizierten Differenzierung muss uE für die aktuelle Rechtslage nicht gefolgt werden. Durch das ErbRÄG 2015 wurde die Vermögensopfertheorie nunmehr in § 782 ABGB nF gesetzlich festgeschrieben.¹¹⁾ Dazu halten die GMat – unter Berufung auf *Umlauf* – fest, dass bei Zuwendungen an eine Privatstiftung oder an den Begünstigten einer Privatstiftung die Zwei-Jahres-Frist nicht zu laufen beginnt, „solange sich der Verstorbene als Stifter ein Widerrufsrecht oder sonstige umfassende Änderungen vorbehalten hat, weil in diesem Fall das Vermögensopfer noch nicht endgültig erbracht worden ist.“¹²⁾ Nach neuem Recht ist also davon auszugehen, dass umfassende Änderungsrechte des Stifters sehr wohl auch isoliert ausreichend sind, um den Eintritt des Vermögensopfers zu verhindern. Dies entspricht auch der herrschenden Lehre zur Rechtslage sowohl vor als auch nach Inkrafttreten des ErbRÄG 2015¹³⁾ sowie ebenso der liechtensteinischen Rsp.¹⁴⁾ UE hat diese Sicht die stärkeren Argumente für sich als die Bezugnahme des 2. Senats auf 6 Ob 237/15 v. Folgt man der in den GMat niedergelegten Formel, wird auch der wünschenswerte Gleichklang mit der Judikatur zur Exekution auf Stifterrechte hergestellt: Zur Frage des **Zugriffs von Gläubigern des Stifters auf die Privatstiftung** im Wege der Zwangsvollstreckung ist es nämlich stRsp, dass die dem Stifter gegenüber der Privatstiftung zustehenden Gesamtsrechte der Exekution nach §§ 331 ff EO unterliegen, wenn der Stifter sich das Recht auf Widerruf oder ein Änderungsrecht vorbehalten hat¹⁵⁾ – auch im Exekutionsrecht geht es um den „*Wassergraben*“¹⁶⁾ zwischen Stifter und Stiftung, sodass die Wertung der Judikatur uE zwanglos auf die Vermögensopfertheorie übertragbar ist.¹⁷⁾ →

10) OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a, Pkt 2.2.

11) *Zöchling-Jud/Zollner* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 41 (47); *Schneiderbauer/Zwick*, PSR 2017, 4 (5); *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015, JEV 2015, 120; *N. Arnold*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – Änderungen durch das ErbRÄG 2015 und die EU-ErbVO, GesRZ 2015, 346.

12) ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34 (Hervorhebung hinzugefügt).

13) Zum alten Recht *Welser* in FS Aicher 865 (870f, 873ff); *Schauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch Erbrecht 200 mwN; *N. Arnold*, PSG³ Einl Rz 23b; *Zollner* in *Schurr*, HB Vermögensschutz (2015) 173; *Eccher* in *Schurr*, HB Vermögensschutz 234. Zum neuen Recht: *Musger* in *KBB*, ABGB⁵ Nach § 788 Rz 7; *Zöchling-Jud/Zollner* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 41 (48ff); *Hügel/Aschauer* in *Berth/Pesendorfer*, Praxishandbuch Erbrecht 227 (252ff); *Rizzi/J. Reich-Rohrwig* in *CMS Reich-Rohrwig Hainz*, Erbrecht 2017, 162; *K. Müller/Melzer* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 4 Rz 35; *Kepplinger*, Die „Vermögensopfertheorie“ im Lichte des ErbRÄG 2015, ZFS 2017, 3 (8, 12).

14) Vgl *J. Reich-Rohrwig/Call* in *CMS Reich-Rohrwig Hainz*, Erbrecht 2017, 48 mN; *Wohlgemant* in *Schurr*, HB Vermögensschutz 213f.

15) OGH 14. 7. 2011, 3 Ob 177/10 s GesRZ 2011, 317 (*Wurzer/H. Foglar-Deinhardstein*) = ZFS 2011, 162 (*Karollus*) = *ecolex* 2012/24 (*Rizzi*) = PSR 2011, 183 (*Rassi*; *Zollner*) = *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris*, PSR 2012, 4; 26. 4. 2018, 6 Ob 228/17 y; RIS-Justiz RS0120752; *Kalss* in *Schurr*, HB Vermögensschutz 184f.

16) *Wurzer/H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2011, 322; *Rassi*, PSR 2011, 189.

17) In 6 Ob 228/17 y wiederholt der OGH den uE überzeugenden und verallgemeinerungsfähigen Rechtssatz: „Behält sich der Stifter das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung oder zum Widerruf der Stiftung vor, so können sich daraus Einflussmöglichkeiten des Stif-

6) OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a, Pkt 2.1; 5. 6. 2007, 10 Ob 45/07 a; *N. Arnold*, PSG³ Einl Rz 23 mwN; vgl *Welser* in FS Aicher 865 (867f).

7) OGH 5. 6. 2007, 10 Ob 45/07 a EF-Z 2007, 187 (*Zollner*) = *ecolex* 2007, 674 (*Limberg*) = GesRZ 2007, 437 (*N. Arnold*) = *B. Jud*, Zak 2007, 369 = *Parapatits/Schörghofer*, iFamZ 2008, 42 = JEV 2007, 90 (*Schauer*) = ZfS 2008, 108 (*V. Hügel*); 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a, Punkt 2.1; vgl *Welser* in FS Aicher 865 (870).

8) OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 237/15 v GesRZ 2016, 236 (*Hasch/Wolfruber*) = *ecolex* 2016, 503 (*Rizzi*) = *Umlauf*, NZ 2016, 404 = *Hayden*, PSR 2016, 174.

9) Es besteht nämlich ein Unterschied zwischen einerseits einem **umfassenden** Änderungsrecht, durch welches vor allem die Bestimmung von Begünstigten sowie an diese zu tätige Ausschüttungen beeinflusst werden kann, und andererseits der tatsächlich **widerrufsgleichen** Ausgestaltung eines solchen Rechts, durch welches die Dauer, auf die die Privatstiftung errichtet ist, nachträglich verkürzt wird (vgl *N. Arnold*, PSG³ § 33 Rz 45 mwN).

Bis zur Klarstellung durch den OGH zur neuen Rechtslage gemäß dem ErbRÄG 2015 wird es freilich in der Praxis ratsam sein, sich vorsichtswise an der zuvor dargestellten Ansicht des Höchstgerichts zu orientieren. Demnach vermag nur der Vorbehalt eines vollumfänglichen Widerrufsrechts dem Eintritt des Vermögensopfers jedenfalls entgegenzustehen, während der Erzielung einer ausreichend endgültigen Trennung von gestiftetem Vermögen durch die bloße Einräumung – wenn auch weitgreifender – Änderungsrechte kein vergleichbar großer Stein in den Weg gelegt ist.

C. Rechtsmissbrauch

Wie bereits erwähnt, erfolgt die Schenkungsanrechnung nur bei Pflichtteilsberechtigten zeitlich unlimitiert, während für Zuwendungen an Nicht-Pflichtteilsberechtigte die Zwei-Jahres-Frist zur Anwendung kommt. Diese Unterscheidung wurde auch durch das ErbRÄG 2015 prinzipiell beibehalten.¹⁸⁾

Der Gedanke liegt daher auch nach neuem Recht nahe, die unbefristete Zurechnung durch einen Pflichtteilsverzicht auszuhebeln. In 2 Ob 98/17 a beschäftigt sich der OGH ausführlich mit der Rechtsmissbräuchlichkeit einer solchen Vorgangsweise. Die Ausführungen des 2. Senats zu diesem Thema sind uE klar und überzeugend, insb wenn herausgearbeitet wird, dass ein Pflichtteilsverzicht, der der möglichst weitgehenden Immunisierung von erfolgten Zuwendungen gegen die Ansprüche von anderen Pflichtteilsberechtigten dient, als rechtsmissbräuchlich zu beurteilen wäre, sofern keine rechtfertigenden Umstände dargetan werden können.¹⁹⁾

Erfreulich ist idZ insb, dass sich der OGH bei der Definition des Rechtsmissbrauchs nicht auf die sehr weitgehende *Gaston Glock*-Entscheidung,²⁰⁾ sondern auf 2 Ob 220/15 i²¹⁾ bezieht. In letzterer Entscheidung wird der Rechtsmissbrauch unzweifelhaft als *ultima ratio* dargestellt, die erst eingreift, wenn Missbrauchs- oder Schädigungsabsicht zumindest indiziert sei – das unlautere Motiv der Rechtsausübung müsse demnach das lautere Motiv eindeutig überwiegen; der Schädigungszweck müsse so augenscheinlich im Vordergrund stehen, dass andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten. Der OGH legt somit nun wieder einen deutlich zurückhaltenderen Maßstab an als in der *Gaston Glock*-Entscheidung (und auch als in der *BWT*-Entscheidung zum kalten Delisting).²²⁾

D. Verhältnis Stiftungsurkunde – Stiftungszusatzurkunde, Interpretation der Stiftungserklärung

Der OGH hatte sich in der gegenständlichen Entscheidung am Rande auch mit dem Verhältnis zwischen Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde zu befassen. Das PSG ermöglicht es Stiftern bekanntlich, die Stiftungserklärung in Form dieser beiden getrennten Urkunden zu errichten, wobei nur die Stiftungsurkunde jedenfalls im Firmenbuch offenzulegen ist, während die Stiftungszusatzurkunde meist geheim bleibt.²³⁾

Aus der bisherigen Rsp zum komplexen Verhältnis von Stiftungsurkunde und -zusatzurkunde²⁴⁾ konnten folgende Schlüsse gezogen werden:²⁵⁾

- Regelungen nach § 9 Abs 1 und Abs 2 Z 1 bis 8 PSG, die in die Stiftungszusatzurkunde aufgenommen werden, sind unwirksam und unbeachtlich, wenn sie in nicht auflösbarem Widerspruch zu denjenigen der Stiftungsurkunde stehen.
- Auch sonst kommt im Außenverhältnis der öffentlich zugänglichen Stiftungsurkunde eine gewisse Priorität gegenüber der Zusatzurkunde zu. Als Ausnahme von der Regel der grundsätzlichen Gleichordnung zwischen Stiftungsurkunde und Zusatzurkunde ergibt sich ein allfälliger Vorrang der Regelungen der Urkunde vor den Regelungen der Zusatzurkunde außerhalb des § 9 Abs 1 und des Abs 2 Z 1 bis 8 PSG in erster Linie dort, wo Regelungen mit Außenwirkung bestehen, sowie im Zweifel bei nicht auflösbaren Widersprüchlichkeiten.

Noch nicht geklärt war jedoch bisher, ob auch in einem nicht explizit gegen die Zuteilung der Regelungsmaterien des § 9 PSG verstößenden Fall die betreffende Regelung der Zusatzurkunde unwirksam oder zumindest gegenüber Außenstehenden unbeachtlich ist, und ob die schwierige Abgrenzung zwischen organisationsrechtlichem und vermögensrechtlichem Teil der Stiftungserklärung im Einzelfall dazu führen kann, dass eine Regelung der Stiftungserklärung im außenwirksamen Bereich anders auszulegen ist als im internen Bereich.

In der rezenten E 6 Ob 228/17 y heißt es – unter Berufung auf *N. Arnold* – nur lapidar, dass „Regelungen mit Außenwirkung ohnehin nur in der Stiftungsurkunde wirksam sind“.

In 2 Ob 98/17 a liefert der OGH aber zu den vorgenannten Fragen – fast beiläufig – interessante ergänzende Hinweise: Zunächst bestätigt er, dass Regelungen der Stiftungszusatzurkunde im Schutzbereich von § 9 Abs 1 und Abs 2 Z 1 bis 8 PSG unwirksam sind, wenn sie zu den Vorgaben der Stiftungsurkunde in Widerspruch stehen.²⁶⁾ Darüber hinaus erinnert der 2. Senat aber auch – unter Rückgriff auf 6 Ob 166/05 p – daran, dass die **Treuepflicht innerhalb einer Stiftermehrheit** die Stifter verpflichtet, die Stiftungserklärung im Sinne der Regelungen einer allfälligen Zusatzurkunde anzupassen. Dieser Rechtssatz findet sich

ters ergeben, sodass das Prinzip der vollständigen Trennung der Stiftung vom Stifter nicht verwirklicht ist.“

18) *Zöchling-Jud*, Nochmals: Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015, ZFS 2017, 162 (165).

19) OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a, Pkt 4.1.

20) OGH 27. 2. 2017, 6 Ob 122/16 h, *Gaston Glock*, GesRZ 2017, 181 (*Kalss*) = EvBl-LS 2017/93 (*Rohrer*) = ZFS 2017, 59 (*Kepplinger*) = AR aktuell 2017 H 3, 31 (*J. P. Gruber*) = JEV 2017, 70 (*V. Hügel*) = *ecolex* 2017, 1083 (*Rizzi*).

21) OGH 29. 9. 2016, 2 Ob 220/15 i EF-Z 2017, 41 (*Tschugguel*) = *iFamZ* 2017, 55 (*Mondel*).

22) Zum Rechtsmissbrauch als *ultima ratio* F. *Bydlinski* in FS Krejci 1079; *K. Müller/Melzer* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, *Erbrecht und Vermögensnachfolge* § 4 Rz 47; *Kepplinger*, ZFS 2017, 70 (70 f); *Nicolussi*, GesRZ 2017, 323 (329); *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 321 (328 ff, 331 f).

23) *N. Arnold*, PSG³ § 10 Rz 1 ff.

24) Insb OGH 14. 7. 2011, 3 Ob 177/10 s; 29. 6. 2015, 6 Ob 95/15 m GesRZ 2015, 333 (*Briem*) = ZFS 2015, 279 (*Hochedlinger*; *Leitner-Bommer/Dorigatti*) = *Rizzi*, *ecolex* 2016, 226.

25) *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris*, PSR 2012, 4 (8 f).

26) Bestätigt auch durch OGH 26. 4. 2018, 6 Ob 228/17 y.

zwar bereits in 6 Ob 166/05 p und in 6 Ob 122/16 h; bemerkenswert ist idZ aber nach wie vor, dass die Treuepflicht sich nicht nur allgemein am Stiftungszweck ausrichtet, sondern die Stifter ganz konkret aufgrund von Regelungen der Zusatzurkunde – und zwar selbst im Fall der Unwirksamkeit (!) dieser Regelungen – zur Anpassung der Stiftungsurkunde verhalten kann. Prägnant formuliert N. Arnold, dass die Stifter verpflichtet sein können, den unwirksamen Bestimmungen der Stiftungszusatzurkunde durch Aufnahme in die Stiftungsurkunde „Wirksamkeit zu verschaffen“.²⁷⁾

Das paradox anmutende, aber uE richtige Ergebnis ist daher, dass auch an sich unwirksame Regelungen der Zusatzurkunde im Innenverhältnis – insb zwischen mehreren Stiftern – weiterhin verbindlich sein können.²⁸⁾ Insofern bringen die Aussagen des OGH zur Unwirksamkeit von Regelungen in der Stiftungszusatzurkunde uE eine implizite Präzisierung dahingehend zum Ausdruck, dass sich diese Unwirksamkeit im Zweifel auf das Außenverhältnis beschränkt. Umgekehrt können selbstverständlich geheime Regelungen keinerlei Wirksamkeit gegenüber unwissenden Dritten beanspruchen.²⁹⁾

Mit dieser differenzierenden Betrachtung eröffnet sich eine interessante Parallele zum Kapitalgesellschaftsrecht: Wurde bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr traditionell die absolute (Total-)Nichtigkeit der betroffenen Regelungen angenommen,³⁰⁾ ist nun eine Auffassung im Vordringen, die die qualitative Teilnichtigkeit von verbotswidrigen (!) Regelungen für möglich hält, sodass diese an sich nichtigen Regelungen im Ergebnis – im Wege der Konversion und/oder über die Einwirkung der Treuepflicht – insb auf Ebene der Gesellschafter erhalten werden können und dort als Anspruchsgrundlage für einen Ausgleich unter den Gesellschaftern nutzbar sind.³¹⁾ Sowohl aus 6 Ob 239/16 i als auch aus 6 Ob 161/17 w lässt sich zumindest entnehmen, dass der 6. Senat keiner allzu schematischen Anwendung von § 879 ABGB auf alle Fälle einer potenziellen verbotenen Einlagenrückgewähr das Wort redet.³²⁾

Auch zur Frage der Auslegung der Stiftungserklärung ist uE durch 6 Ob 166/05 p und nunmehr 2 Ob

98/17 a die Richtung vorgezeichnet: Wenn sogar die Frage der Wirksamkeit einer Klausel mit Blick auf das Außenverhältnis anders zu beantworten sein kann als im Innenverhältnis, muss dies uE umso mehr für die Frage der Auslegung von Regelungen gelten: Auch hier sollte es uE möglich sein, dass eine Regelung im außenwirksamen Bereich anders zu interpretieren ist als im internen Bereich.³³⁾

E. Treuepflicht im Stiftungs- und im Gesellschaftsrecht

Wie erwähnt, beruft sich der OGH in der gegenständlichen Entscheidung zum wiederholten Mal auf die Treuepflicht, die bei einer Stiftermehrheit wechselseitig zwischen den Stiftern wirkt.³⁴⁾

Im Gesellschaftsrecht wurde die Treuepflicht mittlerweile im GesbR-Recht ausdrücklich gesetzlich verankert, wobei die diesbezügliche Bestimmung – § 1186 Abs 1 ABGB – wegen § 1175 Abs 4 ABGB auch auf alle anderen Gesellschaftsformen anwendbar ist.³⁵⁾

Eine Stiftermehrheit soll keine GesbR, sondern eine Rechtsgemeinschaft sui generis sein.³⁶⁾ Auch unter dieser Annahme spricht uE aber nichts gegen eine analoge Anwendung von § 1186 Abs 1 ABGB auf Stiftergemeinschaften.³⁷⁾

Die klare Aussage des OGH, dass die nicht öffentliche Zusatzurkunde im Wege der Treuepflicht zur Anpassung der öffentlichen Urkunde verpflichten kann, lässt sich uE auch im Gesellschaftsrecht nützen. Ganz ähnlich gelagerte Fälle können sich beispielsweise ergeben, wenn der Gesellschaftsvertrag einer GmbH oder die Satzung einer AG im Widerspruch zu einem – zumeist geheimen – Syndikatsvertrag³⁸⁾ stehen. Auch hier kann sich uE ein Syndikatspartner gegenüber den anderen Vertragsparteien nicht auf die öffentliche Urkunde oder gar das dispositive Gesetzesrecht berufen; vielmehr sind die Syndikatspartner im Sinne der Treuepflicht gehalten, den Gesellschaftsvertrag / die Satzung mit dem für die Vertragsparteien verbindlichen Syndikatsvertrag zu synchronisieren. →

27) N. Arnold, PSG³ § 14 Rz 24; vgl zur Pflicht zur Übersiedlung einer Regelung aus der Zusatzurkunde in die Stiftungsurkunde auch Kalss, Privatstiftung und schuldrechtliche Nebenvereinbarungen, ZFS 2017, 121 (127) mwN.

28) So auch schon OGH 9. 3. 2006, 6 Ob 166/05 p JBl 2006, 521 (H. Torggler) = NZ 2006, 347 (Andrae) = FJ 2006, 465 (Marschner); Kalss, ZFS 2017, 121 (127).

29) Zum Zusammenhang zwischen Registerpublizität und Drittwirksamkeit im Gesellschaftsrecht E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2014, 73 (77 FN 43); H. Foglar-Deinhardstein, eolex 2018, 438.

30) Gemeint ist hier Totalnichtigkeit des verbotswidrigen Teils des Rechtsgeschäfts, wodurch Teilnichtigkeit und somit die Geltungserhaltung des Restvertrags nicht ausgeschlossen sind, soweit Verbotszweck und hypothetischer Parteiwille dies gestatten. Vgl H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 83 Rz 39 mwN; allgemein Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 914 Rz 96.

31) Ruffler, Kapitalherabsetzung und Liquidation, in Artmann/Ruffler/U. Torggler, Die GmbH & Co KG 99 (107 ff); Leupold in U. Torggler, UGB² §§ 137, 138 Rz 5; Zollner/Hartlieb in Zib/Dellinger, UGB § 137 Rz 32; Ruffler/Aburumieh/Lind in Jauffer/Nummer-Krautgasser/Schummer, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung 71 (103); H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2018, 115; vgl allgemein Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 914 Rz 98.

32) Vgl H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2018, 115; H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2017, 265.

33) Die Relevanz der Außenwirkung für die Auslegung wird auch schon in 6 Ob 166/05 p angedeutet (krit H. Torggler, JBl 2006, 525). Vgl zum Stiftungsrecht H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris, PSR 2012, 4 (6, 8 ff); zum Gesellschaftsrecht E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2014, 73 (84); zum Gesellschafts- und zum Wechselrecht John, Zur Auslegung von Satzung, Gesellschaftsvertrag und Wechsel, wbl 2017, 365.

34) Siehe schon OGH 9. 3. 2006, 6 Ob 166/05 p JBl 2006, 521 (H. Torggler) = NZ 2006, 347 (Andrae); 27. 2. 2017, 6 Ob 122/16 h, Gaston Glock.

35) Artmann/Ruffler, Gesellschaftsrecht Rz 41; Fleischer, GesRZ 2017, 362 (365); Haglmüller, Gesellschafterpflichten in der Krise 113 FN 610, 117 ff; Fritz/Klement, GesbR² 48, 112 ff; A. Winkler/M. Winkler in FAH, GmbHG § 1 Rz 4. Vgl U. Torggler in Artmann/Ruffler/Torggler, Gesellschafterpflichten 1 (30 ff); Nicolussi, wbl 2017, 106 (109).

36) Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 2/43; Kalss, ZFS 2017, 121 (125, 127); Schauer, Wider den Missbrauch im Privatstiftungsrecht, ZFS 2017, 156 (158); Zentrum für Stiftungsrecht, Résumé-Protokoll, GesRZ 2015, 193 (196).

37) Für diese Analogie schon zur alten Rechtslage H. Torggler, JBl 2006, 525. Ähnlich Zentrum für Stiftungsrecht, Résumé-Protokoll, GesRZ 2015, 193 (196).

38) Allgemein zum Syndikatsvertrag, Kastner, Syndikatsverträge in der österreichischen Praxis, ÖZW 1980, 1; Artmann in Klang, ABGB³ § 1175 Rz 60; Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 4/13 ff; Rubin-Kuhn in J. Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl, Generalversammlung 55 ff; U. Torggler in FS Eccher 1173; K. Berger in FAH, GmbHG § 4 Rz 49 f mwN; R. Winkler in FAH, GmbHG § 39 Rz 29 ff.

Die Ableitung einer derartigen Mitwirkungspflicht aus der Treuepflicht zwischen Stiftern wird für das Stiftungsrecht exemplarisch in Fällen bejaht, in denen von Stiftern irrtümlicherweise Regelungen in die Stiftungszusatzurkunde aufgenommen wurden, die zu ihrer Wirksamkeit eigentlich Teil der Stiftungsurkunde sein müssten.³⁹⁾ Anders ausgedrückt kann man die Durchsetzung entsprechender Änderungen in diesem Zusammenhang auch als Bemühen verstehen, lediglich die formgerechte Umsetzung der seinerzeitig übereinstimmenden Parteienabsicht zu bewirken.⁴⁰⁾

Im Fall der GmbH-Gründung hat der OGH in Zusammenhang mit den dabei bestehenden Treuepflichten die Ansicht vertreten, dass eine Mitwirkungspflicht der (Gründungs-)Gesellschafter bestehen kann, die zur Entstehung der Gesellschaft erforderlichen Handlungen zu setzen und insb an der Beseitigung etwaiger Eintragungshindernisse mitzuwirken.⁴¹⁾ Die hL bejaht in diesem Sinne eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Mitwirkung an Anpassungen des Gesellschaftsvertrags im Rahmen des Zumutbaren, dies insb zur Anpassung an geänderte Verhältnisse sowie zur Sanierung von Satzungsängeln.⁴²⁾ Aber auch ein satzungswidriger Syndikatsvertrag und sogar eine satzungswidrige (einvernehmliche, lang andauernde) Übung können die Gesellschafter verpflichten, an der Anpassung der Satzung an den Syndikatsvertrag oder an die gelebte Praxis mitzuwirken.⁴³⁾

F. Conclusio

Für die Schenkungsanrechnung auf den Pflichtteil sind unentgeltliche Zuwendungen des Erblassers zu seinen Lebzeiten an eine Privatstiftung nur relevant, wenn sie innerhalb von zwei Jahren vor seinem Ableben erfolgt sind. Zur **Vermögensopfertheorie**, die für die korrekte zeitliche Abgrenzung von Zuwendungen an Stiftungen heranzuziehen ist, hat der OGH in 2 Ob 98/17 a zur alten Rechtslage vertreten, dass zwar ein Widerrufs-

recht den Eintritt des Vermögensopfers jedenfalls hindere; dies gelte aber nicht immer für ein isoliert vorbehaltenes Änderungsrecht. Dieser Ansicht ist uE für die Rechtslage nach dem ErbRÄG 2015 nicht zu folgen: Auch ein weitreichendes Änderungsrecht sollte schon für sich genommen genügen, um im Sinne der Vermögensopfertheorie annehmen zu können, dass die Zuwendung noch reversibel ist.

Um **Rechtsmissbrauch** bejahen zu können, bedarf es im konkreten Einzelfall einer zielgerichteten Schädigungsabsicht, die zumindest indiziert sein muss.

Regelungen der **Stiftungszusatzurkunde** können wegen eines **unauflösbaren Widerspruchs zur Stiftungsurkunde** mit Unwirksamkeit bedroht sein. Im Zweifel ist aber von Unwirksamkeit nur im Außenverhältnis auszugehen. Im Innenverhältnis können selbst derart unwirksame Regelungen der Zusatzurkunde eine gewisse Bindungswirkung entfalten und zB bei einer Stiftergemeinschaft die Stifter zur Anpassung der Stiftungsurkunde an die (im Außenverhältnis vorläufig unbeachtliche) Zusatzurkunde verpflichten.

Innerhalb einer Stiftermehrheit wirkt zwischen den Stiftern eine wechselseitige **Treuepflicht**. Dogmatisch kann dies uE auf die analoge Anwendung von § 1186 Abs 1 ABGB auf **Stiftergemeinschaften** gestützt werden.

39) N. Arnold, PSG³ § 3 Rz 54 d.

40) Marschner, FJ 2006, 465.

41) OGH 13. 7. 1995, 6 Ob 570/94; 20. 9. 2005, 5 Ob 74/05 a RdW 2006/87.

42) Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 39 Rz 14; Rauter/Milchrahm in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG (2015) § 49 Rz 92; Enzinger in Straube, WK GmbHG § 39 Rz 52 f; kritisch Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG §§ 49, 50 Rz 82 ff.

43) Zur Anpassung an den satzungswidrigen Syndikatsvertrag Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹, § 53 Rz 86; Tichy, Syndikatsverträge 67; Rüffler, GmbH-Satzung und schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarungen, in FS Koppensteiner II 97 (112). Zur Anpassung an die satzungswidrige Übung Ulmer in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 53 Rz 81 f.

→ In Kürze

Der OGH vertritt in der E 2 Ob 98/17 a die Ansicht, dass bloße Änderungsvorbehalte eines Stifters (ohne Kombination mit einem Widerrufsrecht) dem Eintritt des pflichtteilsrechtlichen Vermögensopfers nicht notwendigerweise entgegenstehen. Diese Ansicht ist aber jedenfalls für die Rechtslage seit dem ErbRÄG 2015 kritisch zu hinterfragen.

Aus der Entscheidung lassen sich wichtige Konkretisierungen zur Rechtsmissbräuchlichkeit von Pflichtteilsverzicht sowie zum Verhältnis von Stiftungsurkunde und -zusatzurkunde entnehmen.

Der OGH streicht erneut hervor, dass Regelungen der Zusatzurkunde unwirksam sein können, wenn sie in unauflösbarem Widerspruch zur Stiftungsurkunde stehen. Allerdings kann in einem solchen Fall die Treuepflicht die (Mit-)Stifter dazu verhalten, die Stiftungsurkunde an die Zusatzurkunde anzupassen.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL. M., ist Partner in der Rechtsanwaltskanzlei CHSH in Wien.
Kontaktadresse: CHSH, Parkring 2, 1010 Wien.

Tel: +43 (0)1 514 35-0

E-Mail: heinrich.foglar-deinhardstein@chsh.com

Internet: www.chsh.com

Alexander Gruber, LL. M., ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei CHSH in Wien.

Kontaktadresse: CHSH, Parkring 2, 1010 Wien.

Tel: +43 (0)1 514 35-0

E-Mail: alexander.gruber@chsh.com

Internet: www.chsh.com

Von denselben Autoren erschienen:

Foglar-Deinhardstein, Stiftungsurkunde und -zusatzurkunde – eine komplexe Beziehung. Praxisfragen zu OGH 3 Ob 177/10 s, PSR 2012, 4 (mit Susanne Molitoris); Foglar-Deinhardstein, GmbHG. Mit einem Exkurs zum Wirtschaftsstrafrecht. Kommentar (2017) (hrsg mit Nora Aburumieh und Alexandra Hoffenscher-Summer); Foglar-Deinhardstein, Praxisleitfaden Verschmelzung (2015) (mit Nora Aburumieh und Nikolaus Adensamer).

