

Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Teil 1)

Martin Schauer, Universitätsprofessor, Wien

1. Einleitung

Das neue Stiftungsrecht ist nach seiner Totalrevision am 1. April 2009 in Kraft getreten ([Abschnitt¹] III. LGBl. 2008 Nr. 220). Dieser seit der Entstehung des PGR stärkste Einschnitt in das Stiftungsrecht stellt die Rechtsberatungspraxis und das Treuhandwesen vor beachtliche Herausforderungen. Routinemässige Vorgänge müssen überprüft, Formulare und Musterdokumente geändert werden. Jeder Rechtsrat an den Klienten, der in der Vergangenheit auf eine eingespielte Praxis gestützt werden konnte, ist neu zu durchdenken. Stiftungsräte müssen sich mit der Frage befassen, was das neue Recht für ihre Pflichten und Verantwortlichkeit bedeutet. Die Problematik des Übergangs vom alten auf das neue Recht bei der Anwendung auf bereits bestehende Stiftungen war und ist zu bewältigen. Dass das Inkrafttreten des neuen Stiftungsrechts zeitlich mit der jüngsten Steueraffäre zusammenfiel, die das Verhältnis des Landes zu einer Reihe anderer Staaten vorübergehend belastete, schuf zusätzliche Schwierigkeiten, die kaum überschätzt werden können. Das neue Stiftungsrecht und die geänderten Rahmenbedingungen in den fiskalrechtlichen Beziehungen zum Ausland werden das liechtensteinische Stiftungswesen beträchtlich verändern und haben dies zum Teil bereits getan.

In Anbetracht dieser dramatischen Umgestaltung des rechtlichen Umfelds ist es nicht überraschend und gleichwohl ein gutes Zeichen, dass der stiftungsrechtliche Diskurs im Land beträchtlich an Dynamik und – nach Ansicht des Verfassers – auch an Qualität gewonnen hat. Bemerkenswert ist dabei zunächst die verhältnismässig hohe Zahl höchstgerichtlicher Entscheidungen, die sich mit dem neuen Stiftungsrecht befassen. Soweit zu sehen, sind bereits mehr als 10 Entscheidungen des OGH vorhanden, in denen es um die Anwendung des neuen Rechts geht. Ferner führte die Totalrevision des Stiftungsrechts zur Gründung einer neuen Zeitschrift, nämlich des «**liechtenstein-journal**», das sich vorwiegend mit Fragen des Stiftungsrechts und angrenzender Rechtsgebiete, wie vor allem des Steuerrechts, befasst. Dabei steht – in Anbetracht der Stiftungspraxis nicht überraschend – der ausländische Anleger im Mittelpunkt. Das «**liechtenstein-journal**» ergänzt nunmehr die traditio-

nellen juristischen Fachzeitschriften des Landes, nämlich die «Liechtensteinische Juristen-Zeitung» und die Zeitschrift «Jus & News». Wenngleich jede dieser Zeitschriften ihr eigenes Profil aufweist, so kann das Erscheinen gleich dreier juristischer Fachzeitschriften in Anbetracht der Grösse des Landes durchaus als beachtlich bezeichnet werden. Es kommt hinzu, dass die im Herbst 2009 neu gegründete Zeitschrift «Die Privatstiftung» (PSR), die in Österreich erscheint, regelmässig auch liechtensteinische Themen aufgreift.

Das neue Stiftungsrecht hat ferner zu einer stattlichen Menge an Buchpublikationen geführt. Zu erwähnen sind der von der Hochschule Liechtenstein (nunmehr Universität Liechtenstein) noch vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts veröffentlichte Tagungsband², bei dem es sich um die erste umfassende Veröffentlichung zum neuen Recht überhaupt handelte; ein als «strukturierte Darstellung» bezeichnetes System des Stiftungsrechts³; ein Kurzkomentar zum neuen Stiftungsrecht⁴ sowie eine Gesetzesausgabe mit Materialien und Anmerkungen.⁵ Ein Teil der neuen Literatur entfällt auch auf Publikationen, die im Ausland erschienen sind.⁶ Auch dort hat das neue Recht eine vermehrte Beachtung gefunden, die freilich zum Teil auch durch kritische Analysen geprägt ist.

¹ Im Gesetzestext werden die mit römischen Zahlen bezeichneten Abschnitte mit keiner weiteren Bezeichnung versehen. Hier soll der Begriff «Abschnitt» verwendet werden.

² Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen (Hrsg.), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (2008).

³ Jakob, Die Liechtensteinische Stiftung (2009).

⁴ Schauer, Kurzkomentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht (2009).

⁵ Attlmayr/Rabanser, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (2008).

⁶ Z.B. Becker, Auskunftsansprüche bei Pflichtteilsberechtigten gegenüber liechtensteinischen Stiftungen, ZEV 2009, 177; Kerres/Proell, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, eolex 2009, 321; Schauer, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, ZEuP 2010, 338; Schauer, Vermögensplanung – das liechtensteinische Recht als Gestaltungsalternative, JEV 2010, 6; Wagner, Neues Stiftungsrecht in Liechtenstein, IWB 2009, F 9, Gr 3, S. 39; Zwiefelhofer, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, Der Schweizer Treuhänder 2009, 150.

Schliesslich muss man es – es mag Zufall sein oder auch nicht – als eine glückliche Fügung bezeichnen, dass fast zur selben Zeit, als das neue Stiftungsrecht in Kraft trat, auch der erste Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht an der damaligen Hochschule und nunmehrigen Universität Liechtenstein besetzt wurde. Durch den Lehrstuhlinhaber Univ.-Prof. Dr. Francesco Schurr und seine wissenschaftlichen Mitarbeiter ist nunmehr sichergestellt, dass im Land eine kontinuierliche Befassung mit Fragen des Stiftungsrechts auf wissenschaftlicher Grundlage erfolgt.

Bereits dieser knappe Überblick zeigt, welche Dynamik vom neuen Stiftungsrecht auf den juristischen Diskurs und die Praxis des Stiftungswesens ausgeht. Im folgenden Beitrag soll ein Versuch unternommen werden, die Befassung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung mit dem neuen Stiftungsrecht einer ersten Analyse und kritischen Würdigung zu unterziehen. Dabei überrascht nicht, dass Gegenstand mehrerer Entscheidungen das Übergangsrecht ist (näher dazu 2.). Wenn man bedenkt, welche Bedeutung bei der Totalrevision der Foundation Governance beigemessen wurde,⁷ dann ist es vielleicht auch kein Zufall, dass Themen der Governance eine erhebliche Rolle spielen. Im Einzelnen geht es um die gerichtliche Aufsicht über Stiftungen und die Abberufung des Stiftungsrats (unten 3.), um die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats (hierzu 4.) sowie um die Rechtsstellung der Begünstigten (anschliessend unter 5.). Wenngleich die Zahl der Entscheidungen zum neuen Stiftungsrecht noch verhältnismässig überschaubar ist, so kann in diesem Rahmen keine vollständige Aufarbeitung der Judikatur erfolgen, sondern muss eine Beschränkung auf ausgewählten Fragen vorgenommen werden.

2. Übergangsrecht

2.1 Grundlagen

Das intertemporale Kollisionsrecht, das die Anwendung des neuen Stiftungsrechts vom alten Stiftungsrecht abgrenzt, ist in Abschnitt II. des LGBl. 2008 Nr. 220 geregelt. Der OGH entnimmt den betreffenden Bestimmungen den plakativen Grundsatz: «Altes Recht für alte Stiftungen – neues Recht für neue Stiftungen»⁸, den er jedoch zutreffend mit dem Hinweis auf Abschnitt II. Art. I Abs. 4 einschränkt, wonach die dort genannten Bestimmungen des neuen Rechts auf Altstiftungen anwendbar sein sollen. Bei den Bestimmungen des neuen Rechts, die auch für Altstiftungen gelten, handelt es sich im Wesentlichen um das Governance-Regime⁹; also um die interne Governance durch die Informationsrechte der Begünstigten

und ihre partielle Substitution durch ein Kontrollorgan sowie die eingeschränkte Zulässigkeit von Änderungen der Stiftungserklärung durch Stiftungsorgane und um die externe Governance durch die Stiftungsaufsichtsbehörde und das Gericht ausgeübte Kontrolle. Dies ist auch zu bedenken, wenn es um die Anwendung des für Stiftungen nach altem Recht subsidiär geltenden Trustrechts geht. Zwar sind die Bestimmungen über das Treuunternehmen mit der Persönlichkeit für Altstiftungen grundsätzlich weiterhin heranzuziehen (Art. 552 Abs. 4 PGR a.F.)¹⁰; doch kann dies nur insoweit gelten, als die jeweiligen Regelungen nicht materiell durch jene Bestimmungen des neuen Rechts überlagert werden, die gemäss Abschnitt II. Art. 1 Abs. 4 auch für Altstiftungen gelten (vgl. dazu auch unter 2.1.3.).¹¹ Dies gilt beispielsweise für die Informationsrechte der Begünstigten: Art. 932 a § 39 Abs. 3 und § 68 (i.V.m. Art. 552 Abs. 4 PGR a.F.) werden durch § 9 StiftG verdrängt.

2.2 Abgrenzung von Altstiftungen und Neustiftungen

In seiner Beurteilung, die Qualifikation einer Stiftung als Altstiftung oder Neustiftung erfolge stichtagsbezogen, ist dem OGH grundsätzlich ebenso zuzustimmen wie in seiner Einschätzung, dass das neue Recht wegen des Rückwirkungsverbots gemäss § 5 ABGB auch insoweit, als es für Altstiftungen grundsätzlich massgeblich ist, nur auf Sachverhalte angewendet werden kann, die sich nach dem Inkrafttreten des neuen Stiftungsrechts verwirklicht haben.¹² Etwas zweifelhaft ist es jedoch, wenn das Höchstgericht bei der stichtagsbezogenen Qualifikation auf die Errichtung der Stiftung abstellt.¹³ Denn im Übergangsrecht befinden sich gleich zwei Qualifikationsmerkmale, die freilich nicht hinreichend aufeinander abgestimmt erscheinen. Nach der grundlegenden Regel in Abschnitt II.

⁷ Vgl. dazu etwa Schauer, Grundelemente, in Hochschule Liechtenstein (Hrsg.), Stiftungsrecht 31 ff.; Jakob, Aspekte, in Hochschule Liechtenstein (Hrsg.), Stiftungsrecht 53 ff.; Jakob, Stiftung Rn. 442 ff.

⁸ OGH 3 CG.2006.354, LES 2010, 7 (8); 9 CG. 2006.312, LES 2010, 73 (75); 02 CG.2007.145, LES 2010, 84 (84); 10 CG.2005.300, LES 2010, 144 (144); 10 CG.2008.123, LES 2010, 181; CG 2008.194 (Pkt. 7.1.1.); vgl. auch Jakob, Stiftungsrecht, Rn. 603 ff.

⁹ Vgl. etwa Schauer/Hammermann/Rick, liechtenstein-Journal 2009, 51 f.

¹⁰ Vgl. dazu auch OGH 3 CG.2006.354, LES 2010, 7 (8).

¹¹ Schauer/Hammermann/Rick, liechtenstein-Journal 2009, 52; OGH HG 2009.104; LES 2010, 350 (351).

¹² OGH 9 CG. 2006.312, LES 2010, 73 (75); 10 CG.2005.300, LES 2010, 144 (144).

¹³ OGH 9 CG. 2006.312, LES 2010, 73 (75); 10 CG.2005.300, LES 2010, 144 (144).

Martin Schauer, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Teil 1)

Art. I Abs. 1 ist das alte Stiftungsrecht weiterhin auf solche Stiftungen anzuwenden, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts bereits *bestanden* haben. Die in Abschnitt II. Art. 1. Abs. 4 genannten Bestimmungen des neuen Rechts sind freilich auf solche Stiftungen anzuwenden, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts *errichtet* worden sind. Bei privatnützigen Stiftungen kommt dieser unterschiedlichen Wortwahl in der Regel keine Bedeutung zu; denn sie entstehen zumeist bereits mit der Errichtung. Bei gemeinnützigen Stiftungen und solchen privatnützigen Stiftungen, die auf spezialgesetzlicher Grundlage ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, fallen die Errichtung und die Entstehung auseinander: Errichtet sind die Stiftungen bereits durch die Stiftungserklärung; sie entstehen jedoch erst mit der Eintragung in das Öffentlichkeitsregister (§ 14 Abs. 1 und 4 StiftG). Die Rechtslage wird dadurch noch komplizierter, dass die für die Entstehung durch Eintragung in das Öffentlichkeitsregister massgebliche Unterscheidung von privatnützigen und gemeinnützigen Stiftungen nur im neuen Stiftungsrecht enthalten ist, während die mit der Eintragung verknüpfte Entstehung der Stiftung nach altem Recht nach anderen Kriterien zu beurteilen war, die in Art. 557 PGR a.F. geregelt waren.

Im Lichte dieser Regelungen erscheinen für die intertemporale Abgrenzung von altem und neuem Recht folgende Kriterien massgeblich. Der Zeitpunkt, zu dem eine Stiftung als errichtet oder entstanden zu betrachten ist, ist wegen des in § 5 ABGB geregelten Rückwirkungsverbots nach der jeweils geltenden Rechtslage zu beurteilen. *Ob* eine Stiftung vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstanden ist, ist nach dem alten Recht, also nach Art. 557 PGR a.F. zu entscheiden. Ist dies der Fall, so ist das alte Stiftungsrecht, freilich mit den sich aus Abschnitt II. Art. 1 Abs. 4 ergebenden Einschränkungen auf sie anzuwenden. War eine Stiftung beim Inkrafttreten des neuen Stiftungsrechts noch nicht einmal errichtet, dann unterliegt sie zur Gänze dem neuen Stiftungsrecht.

Problematisch sind somit jene Fälle, in denen eine Stiftung vor dem Inkrafttreten des neuen Stiftungsrechts bereits errichtet worden war, aber bei gemäss Art. 557 Abs. 1 PGR a.F. bestehender, aber nicht erfüllter Eintragungspflicht noch entstanden ist. Für diese Stiftungen ist das intertemporale Kollisionsrecht lückenhaft. Denn bei wortlautgetreuer Anwendung des Abschnitt II. Art. 1. Abs. 1 sind diese Stiftungen mangels rechtzeitiger Entstehung keine Altstiftungen, auf das alte Stiftungsrecht mit den sich aus Abs. 4 ergebenden Einschränkungen anzuwenden wäre. Zugleich wäre aber aus Abs. 4 abzuleiten, dass auf diese Stiftungen nur jene in der Bestimmung genannten Vorschriften des neuen Rechts – aber eben nur diese – anzu-

wenden sind. Die Folge wäre ein stiftungsrechtlicher Torso: Die vor dem Inkrafttreten errichtete, aber noch nicht entstandene Stiftung würde dann lediglich den in Abschnitt II. Art. 1. Abs. 4 genannten Bestimmungen des neuen Rechts unterliegen, während für alle anderen Ordnungsprobleme überhaupt keine anwendbaren Bestimmungen vorhanden wären. Es ist offenkundig, dass der Gesetzgeber ein derartiges Ergebnis nicht angestrebt haben kann. Fraglich ist aber, auf welche Weise die Lücke des intertemporalen Kollisionsrechts zu schliessen ist. Den Materialien zum neuen Stiftungsrecht kann kein Anhaltspunkt hierfür entnommen werden.¹⁴ Zur Auflösung des Normenkonflikts könnte sich folgende Überlegung anbieten: Wenn der Gesetzgeber in Abschnitt II. Art. 1 Abs. 4 anordnet, dass auf Stiftungen, die beim Inkrafttreten des neuen Stiftungsrechts errichtet waren, nur die aufgezählten Bestimmungen des neuen Rechts anzuwenden seien, ging er ersichtlich davon aus, dass sie im Übrigen dem alten Recht unterlägen. Diese Annahme ist, wie Abs. 1 lehrt, freilich nur für jene Stiftungen zutreffend, die beim Inkrafttreten des neuen Stiftungsrechts auch bereits entstanden waren. Auf die errichteten, aber noch nicht entstandenen Stiftungen trifft die gesetzgeberische Prämisse nicht zu. Insoweit liegt ein Redaktionsversehen vor, dem durch berichtigende Auslegung beizukommen ist.¹⁵ Bei der berichtigenden Auslegung sollte der Fehlvorstellung des Gesetzgebers über die fortbestehende Anwendung des alten Stiftungsrechts in Abs. 1 in der Weise Rechnung getragen werden, dass in Abs. 4 das Wort «errichtet» durch den Begriff «entstanden» ersetzt wird. Auf diese Weise kommt es zu einem Gleichlauf zwischen Abs. 1 und Abs. 4: Altstiftungen, die grundsätzlich dem alten Stiftungsrecht und lediglich in dem in Abs. 4 vorgesehenen Umfang den neuen Bestimmungen unterliegen, sind jene Stiftungen, die beim Inkrafttreten des neuen Rechts bereits entstanden sind. Auf alle übrigen Stiftungen ist zur Gänze das neue Recht anzuwenden. Dies gilt – insoweit in korrigierender Interpretation von Abschnitt II. Art. 1 Abs. 4 – auch für jene Stiftungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts errichtet waren, aber noch nicht entstanden sind.¹⁶

Gewiss wird es nur sehr wenige Stiftungen geben, für die die diskutierte Fragestellung praktisch wird. Aber der Hinweis auf die redaktionelle Ungenauigkeit im Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 4 des Art. 1 in Abschnitt II., zeigt, dass dem OGH nicht

¹⁴ Vgl. zu den Übergangsbestimmungen BuA Nr. 13/2008, S. 128 ff.

¹⁵ Vgl. dazu *Bydliński*, Methodenlehre 2, S. 393; *Schauer* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 6 Rn. 16.

¹⁶ Im Ergebnis wie hier, jedoch ohne vertiefende Begründung *Jakob*, Stiftungsrecht Rn. 604.

vorbehaltlos zugestimmt werden kann, wenn er die stichtagsbezogene Qualifikation generell auf die Errichtung der Stiftung bezieht.

2.3 Relevanz des neuen Stiftungsrecht für Altstiftungen

Zu den Bestimmungen des neuen Rechts, die auch auf Altstiftungen anwendbar sind, gehören die Regeln über die Kontrolle durch die Stiftungsaufsichtsbehörde und das Gericht (Abschnitt II. Art. 1 Abs. 4 i.V.m. § 29, § 35 StiftG). Bei den privatnützigen Stiftungen wird die externe Kontrolle in der Regel lediglich vom Gericht wahrgenommen. Das Gericht eröffnet das Aufsichtsverfahren grundsätzlich¹⁷ nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag (§ 35 Abs. 1 StiftG). Antragberechtigt sind die Stiftungsbeteiligten; darunter sind die in § 3 StiftG aufgezählten Personen und die Stiftungsorgane zu verstehen.¹⁸ § 3 StiftG gehört zu den Bestimmungen, die auf Altstiftungen anzuwenden sind.¹⁹

2.3.1 Stiftungsbeteiligte

Zu den Stiftungsbeteiligten zählen die Stiftungsorgane (§ 3 Ziff. 6 StiftG). Darunter sind nicht nur der Stiftungsrat und gegebenenfalls die Revisionsstelle als obligatorische Stiftungsorgane zu verstehen, sondern auch weitere Organe, die vom Stifter aufgrund seiner organisatorischen Gestaltungsfreiheit eingerichtet werden (§ 28 StiftG). Unter Berufung auf ältere Entscheidungen²⁰ versteht der OGH den Organbegriff in einem materiellen oder funktionalen Sinn.²¹ Nach der Ansicht des Höchstgerichts ist darunter eine Person oder eine Personenmehrheit zu verstehen, dem wesentlichen Einflussmöglichkeiten auf die Willensbildung bzw. Geschäftsführung und/oder die Leitung oder Überwachung des Stiftungsrats zukommen. Dies ist nur insofern zu ergänzen, als die Einrichtung im stiftungsrechtlichen Grundlagengeschäft, also in der Stiftungserklärung, erfolgen muss. Es kommt freilich nicht darauf an, ob die Einrichtung des Organs bereits auf der ursprünglichen Fassung oder auf einer vom Stifter (§ 30 Abs. 1 StiftG) oder von einem anderen Stiftungsorgan (§ 32 StiftG) geänderten Fassung der Stiftungserklärung beruht. Wesentlich für den materiellen Organbegriff ist ferner, dass es auf die ausdrücklich Bezeichnung als Organ nicht ankommt. Mit Blick auf die Definition des Organs in materiellem oder funktionalem Sinn verdient die Ansicht des OGH Zustimmung, dass ein Familienbeirat, der gegenüber dem Stiftungsrat keine Weisungsrechte, wohl aber das Recht auf Beratung und auf Abgabe von Empfehlungen hat, als ein solches Organ anzusehen ist. Daraus ergibt sich etwa, dass dieses Organ und jedes seiner Mitglieder die Rechte

eines Stiftungsbeteiligten haben; namentlich das Recht, ein gerichtliches Aufsichtsverfahren (§ 35 StiftG) zu beantragen. Im konkreten Fall ging es jedoch nicht um die Einleitung eines solchen Verfahrens, sondern um die Informationsrechte dieses Organs. Obwohl das neue Stiftungsrecht nur die Informations- und Auskunftsrechte der Begünstigten regelt (§ 9 StiftG), gelangt der OGH vollkommen zu Recht zum Ergebnis, dass auch dem Familienbeirat ein umfassendes Informations- und Bucheinsichtsrecht zukommt: Dieses Recht hat seine Grundlage in einer ergänzenden Auslegung der Stiftungsurkunde, die mit dem Gedanken zu begründen, dass der Familienbeirat diese Rechte benötigt, um die ihm übertragenen Aufgaben erfüllen zu können.

2.3.2 Einrichtung eines Kontrollorgans

Das neue Stiftungsrecht hat das System der Foundation Governance grundlegend verändert. Das hauptsächliche Kontrollinstrument sind bei den privatnützigen Stiftungen die Informations- und Auskunftsrechte der Begünstigten. Die dadurch erlangten Informationen sollen die Begünstigten als Stiftungsbeteiligte (§ 3 Ziff. 2 bis 5 StiftG) in die Lage versetzen, gegebenenfalls ein gerichtliches Aufsichtsverfahren herbeizuführen (§ 35 StiftG). Der Stifter hat jedoch die Möglichkeit, diese Rechte der Begünstigten auszuschließen oder zu beschränken, wenn er sich stattdessen für eines der alternativen Modelle der Governance entscheidet, die das Gesetz zur Auswahl anbietet. Eines dieser Modelle ist die Einrichtung eines Kontrollorgans, für deren Ausgestaltung wiederum drei Möglichkeiten zur Auswahl stehen (§ 11 Abs. 2 StiftG). Bei Vorhandensein einer Kontrollstelle steht den Begünstigten lediglich der § 11 Abs. 1 StiftG geregelte Kernbereich an Auskunfts- und Informationsrechten zur Verfügung. Um auch den Altstiftungen, die dem neuen Governance-Regime unterworfen sind, die gleichen Chancen zur Gestaltung der Informationsrechte der Begünstigten zu bieten, sieht das Übergangsrecht vor, dass auch der Stifter oder – wenn der Stifter bereits verstorben oder geschäftsunfähig ist – der Stiftungsrat das Recht hat, ein Kontrollorgan einzurichten. Macht der Stiftungsrat hiervon Gebrauch, so kann das Kontrollorgan freilich nur als Revisionsstelle eingerichtet werden (Abschnitt II. Art. 1 Abs. 4 Satz 5 StiftG).

¹⁷ Nur in dringenden Fällen, das ist bei dringendem Verdacht einer strafbaren Handlung durch ein Stiftungsorgan, wird das Gericht von Amts wegen tätig (§ 35 Abs. 1 StiftG).

¹⁸ So auch zu § 29 Abs. 4 StiftG OGH 10 HG 2008.28, LES 2010, 218 (218).

¹⁹ Vgl. nur OGH 3 CG.2006.354, LES 2010, 7 (ErwGr 7.1. und 7.6.).

²⁰ OGH 1 Cg 2000-293.93, LES 2003, 128 (132); 2 CG.2002.4, LES 2006, 138 (142 f.); in beiden Entscheidungen ging es freilich um die deliktische Verhaltenszurechnung eines faktischen Organs.

²¹ OGH 4 CG. 2008.14, LES 2010, 239 (ErwGr 12).

Martin Schauer, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Teil 1)

In einem bestimmten Fall²² stellte die Stiftung, nachdem der Stiftungsrat die Einrichtung eines Kontrollorgans beschlossen hatte, einen Antrag an das Erstgericht auf Bestellung einer Revisionsstelle als Kontrollorgan, wofür im Einklang mit § 27 Abs. 3 StiftG i.V.m. § 11 Abs. 2 Ziff. 1 StiftG zwei Personen vorgeschlagen wurden. Das Gericht trug der Stiftung auf, den Antrag dahin zu verbessern, dass sämtliche Begünstigte in das Verfahren einzubeziehen und die gültigen Statuten der Stiftung vorzulegen seien. Da sich die Stiftung weigerte, dem Auftrag des Erstgerichts Folge zu leisten, wurde der Antrag zurückgewiesen. Es begründete seine Entscheidung im Wesentlichen mit dem Argument, dass alle Parteien, deren rechtliche Interessen durch eine beantragte Entscheidung berührt werden, dem Verfahren beizuziehen seien; die Interessen der Begünstigten würden durch die Einrichtung des Kontrollorgans tangiert, weil ihr umfassendes Einsichtsrecht auf den Kernbereich eingeschränkt werde.

Das von der Stiftung durch Rekurs angerufene Obergericht hob den Beschluss des Erstgerichts auf. Das Obergericht verneinte eine Parteistellung der Begünstigten auch im materiellen Sinn, wofür es vor allem ausführte, dass Rechtsstellung der Begünstigten bereits durch den Beschluss des Stiftungsrats, eine Revisionsstelle als Kontrollorgan einzurichten, berührt würden; dagegen würden sie durch die beantragte Entscheidung, die lediglich der Sicherstellung der Unabhängigkeit und der Eignung der vorgeschlagenen Revisionsstelle dient, nicht weiter beschwert. Gegen die Parteistellung der Begünstigten in diesem Verfahren spreche auch, dass der Stiftung ohnehin der Beweis obliege, dass eine ausreichend qualifizierte und unabhängige Revisionsstelle bestellt worden sei, wenn der Begünstigte zu einem späteren Zeitpunkt seine Auskunfts- und Informationsrechte geltend mache. Überdies habe die gegenteilige Ansicht des Erstgerichts zur Folge, dass sich die bereits vorhandenen Begünstigten gegen eine Revisionsstelle zur Wehr setzen könnten, während später hinzukommende Begünstigte sie akzeptieren müssten.

Diesen überzeugenden Ausführungen des Fürstlichen Obergerichts ist vorbehaltlos zuzustimmen. Auf den ersten Blick könnte man das in der Entscheidung erörterte Problem als erledigt betrachten, weil die Frist für den Stifter bzw. für den Stiftungsrat, aufgrund der Übergangsbestimmungen ein Kontrollorgan einzurichten, nach einer im Jahr 2009 beschlossenen Verlängerung²³ ein Jahr nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts – also am 31.03.2010 – abgelaufen ist. Gleichwohl ist der sachliche Gehalt der Entscheidung auch für die weitere Rechtsanwendung von Relevanz: Denn die Argumente, auf die das Fürstliche Obergericht seine Entscheidung stützt, lassen sich nicht auf das

Übergangsrecht beschränken. Sie treffen auf jeden Fall zu, in dem das Gericht eine Revisionsstelle bestellt. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass auch durch das neue Ausserstreitgesetz²⁴ keine Änderung der Rechtslage eingetreten ist. Zwar enthält das AussStrG ausdrücklich den formellen und den materiellen Parteibegriff²⁵; da freilich bereits das Obergericht noch auf der Grundlage des Rechtsfürsorgeverfahrens mit dem materiellen Parteibegriff argumentiert hat, ergeben sich aus der Änderung des verfahrensrechtlichen Grundlagen keine Auswirkungen.

2.4 Treugeber als Stifter

In einer beachtenswerten Entscheidung²⁶ schloss der OGH eine Lücke in den Bestimmungen des neuen Rechts, die auch auf Altstiftungen anzuwenden sind. Zu beurteilen war die Antragslegitimation des wirtschaftlichen Stifters (Treugeber) einer nach altem Recht gegründeten Stiftung bezüglich der Abberufung des Stiftungsrats. Gemäss § 3 Ziff. 1 StiftG zählt der Stifter zu den antragsberechtigten Stiftungsbeteiligten. Bei Treuhandgründungen ist nach neuem Recht der Treugeber als Stifter zu betrachten (§ 4 Abs. 3 StiftG), sodass die Stellung des wirtschaftlichen und des rechtlichen Stifters zusammenfallen. Auch für das alte Recht sei wegen Art. 552 Abs. 4 PGR i.V.m. § 39 Abs. 1 TrUG von einer Beteiligtenstellung des Treugebers bzw. wirtschaftlichen Stifters auszugehen gewesen.²⁷

Das Problem, ob dem Treugeber auch nach neuem Recht die Stifterstellung einzuräumen ist, erblickt der OGH in dem Umstand, dass § 4 Abs. 3 StiftG, der den stifterrechtlichen Durchgriff auf den Treugeber vorsieht, in Abschnitt II Art. 1 Abs. 4 nicht unter jenen Bestimmungen des neuen Rechts angeführt ist, die auf für Altstiftungen gelten. Vor allem liesse sich aus Satz 3, 4 und 5 leg. cit. auch ableiten, dass damit nur die Einrichtung eines Kontrollorgans bei Altstiftungen ermöglicht wer-

²² Entscheidung des Fürstlichen Obergerichts, 10 HG 2009.10. Die Sachverhaltsangaben sowie die Gründe des Erstgerichts und des Obergerichts sind dieser Entscheidung entnommen.

²³ Die meisten Fristen in den Übergangsbestimmungen wurden durch LGBL 2009 Nr. 247 um sechs Monate erstreckt; vgl. dazu auch das von Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt herausgegebene Merkblatt (abrufbar unter http://www.llv.li/pdf-llv-gboera-verlaengerung_uebergangsfristen.pdf; abgefragt am 20.06.2011).

²⁴ LGBL 2010 Nr. 454.

²⁵ So *Rechberger* in *Rechberger*, AussStrG § 2 Rn. 4 ff., Rn. 9 ff.; *Fucik/Kloiber*; AussStrG § 2 Rn. 1 f.

²⁶ OGH HG 2009.104; LES 2010, 350.

²⁷ So OGH HG 2009.104; LES 2010, 350 (351 Isp) unter Berufung auf *Bösch*, Stiftungsrecht 505 f., der sich dazu jedoch vorsichtiger äussert.

den sollte. Allerdings könne dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er gerade ein Kernstück seiner Reform, wonach der Treugeber als Stifter anzusehen sei, für Altstiftungen nicht zur Anwendung bringen wollte. Deshalb sei ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers und eine Gesetzeslücke anzunehmen, die durch Analogie zu schliessen ist. § 4 Abs 3 StiftG gelte deshalb auch für Altstiftungen.

Diese Ausführungen verdienen vorbehaltlose Zustimmung. Dasselbe gilt, wenn der OGH – im Anschluss an schon bisher in der Literatur geäußerte Ansichten²⁸ – in einem obiter dictum andeutet, dass auch § 2 Abs 2. StiftG, dessen Definition der gemeinnützigen Stiftung für die Anwendung des neuen Governance Regimes von entscheidender Bedeutung ist, trotz unterbliebener Erwähnung in Abschnitt II. Art. 1 Abs. 4 für Altstiftungen massgeblich ist.

3. Stiftungsrat: Gerichtliche Aufsicht und Abberufung

3.1 Allgemeine Erwägungen

Zu den Aufsichtsmaßnahmen, die das Gericht anwenden kann, zählt die Abberufung der Stiftungsorgane (§ 29 Abs. 3 und 4 [i.V.m. § 35 Abs. 1] StiftG). Auch diese Bestimmungen gehören zu jenen, die auch für Altstiftungen massgeblich sind. Der OGH vertritt dazu die Ansicht, dass Abberufungsgründe jedenfalls so weit ausgeprägt und gediehen sein müssen, dass sie als wichtiger Grund anzusehen sind, der die Belange der Stiftung gefährdet oder ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar macht. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, sei immer unter dem Gesichtspunkt des Funktionierens der Privatstiftung zu sehen; letztlich unter dem Gesichtspunkt, ob die Verfolgung des Stiftungszwecks mit ausreichender Sicherheit in Zukunft gewährleistet sei.²⁹ Wenn sich der OGH dabei auf Material zum österreichischen Gesellschafts- und Stiftungsrecht beruft,³⁰ dann ist freilich zu beachten, dass das liechtensteinische Stiftungsrecht nicht ausdrücklich von einem wichtigen Grund spricht, sondern die Abberufung von Mitgliedern eines Stiftungsorgans mit der Pflicht des Gerichts bzw. der Stiftungsaufsichtsbehörde, für die Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens im Einklang mit dem Stiftungszweck Sorge zu tragen, in Beziehung setzt. Daraus folgt nicht, dass es auf einen wichtigen Grund für die Abberufung der Organmitglieder gar nicht ankäme; wesentlich erscheint vielmehr, dass damit die Beurteilungsperspektive für den Abberufungsgrund vorgegeben wird. Massgeblich ist demnach, ob die zweckgemässe Verwendung und Verwaltung

des Stiftungsvermögens durch die Tätigkeit des Organmitglieds sichergestellt ist³¹ oder gefährdet wird. Ermessensspielräume, die dem Stiftungsrat bei der Verwaltung und Verwendung des Vermögens, beispielsweise im Zusammenhang mit der Anlagepolitik, eingeräumt wurden, darf der Stiftungsrat zulässigerweise ausschöpfen; Beschränkungen bei der Vermögensverwaltung sind einzuhalten (vgl. § 25 Abs. 2 StiftG). Im Übrigen ist der Stiftungsrat zur Vermögensverwaltung nach den Grundsätzen einer guten Geschäftsführung verpflichtet (§ 25 Abs. 1 StiftG), was als Verweisung auf die Business Judgment Rule (Art. 182 Abs. 2 S. 2 PGR) verstanden werden kann.³²

Daraus erhellt zugleich, dass die Dogmatik des Abberufungsgrunds anders konzipiert ist als der wichtige Grund bei der Auflösung synallagmatischer Dauerschuldverhältnisse, wie bsw. bei einem Mietvertrag oder einem Arbeitsvertrag. Bei der Auflösung eines solchen Dauerrechtsverhältnisses aus wichtigem Grund steht zwar die Unzumutbarkeit der Fortsetzung für den kündigenden Vertragsteil im Mittelpunkt; dabei sind aber – sofern nicht das Gesetz eine einzelfallorientierte Interessenbewertung durch klar formulierte Kündigungstatbestände abschneidet – die Auflösungsinteressen der einen Partei gegen die Bestandsinteressen der anderen Partei abzuwägen.³³ Bei der Abberufung des Organmitgliedes einer Stiftung kommt eine Abwägung der gegenläufigen Interessen der am Rechtsverhältnis beteiligten Partner nicht in Betracht. Gegenstand der Abwägung könnten nämlich nur das Interesse der Stiftung an der Abberufung und das Interesse des Organmitglieds an der Fortführung der Organfunktion sein. Das Organmitglied handelt jedoch in fremdem Interesse, nämlich im Interesse der Stiftung, und hat deshalb niemals ein schutzwürdiges Eigeninteresse an der weiteren Einsitznahme im Organ. Dies ergibt sich aus der auftragsrechtlichen Wertung des § 1020 ABGB, wonach der Machtgeber stets berechtigt ist, die «Vollmacht nach Belie-

²⁸ Tschütscher, LJZ 2008, 82; Jakob, Stiftungsrecht Rn. 613 f.; Schauer in Schauer (Hrsg.), Kurzkomentar Art. 1. Abs. 1 Übergangsbestimmungen Rn. 2; Schauer/Hammermann/Rick, liechtenstein-journal 2009, 52.

²⁹ OGH 10 HG 2008.28, LES 2010, 218 (219).

³⁰ Z.B. auf öst. OGH 8 Ob 563/89, wbl. 1990, 313 (diese Entscheidung betraf die Abberufung eines GmbH-Geschäftsführer) sowie 6 Ob 278/00 a, GesRZ 2001, 95 (Abberufung des Vorstandsmitglieds einer Privatstiftung) und auf Arnold, PSG2 § 27 Rn. 24.

³¹ Der OGH erkennt in der Pflicht zur zweckgemässen Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens die «oberste Richtschnur der Geschäftsführung» (9 CG. 2006.312, LES 2010, 73 [75]).

³² Heiss in Schauer (Hrsg.), Kurzkomentar Art. 552 § 25 Rn. 4; zur Anwendung der Business Judgment Rule bei der Vermögensverwaltung allgemein auch OGH 10 HG 2008.28, LES 2010, 218 (219).

³³ Ausführlich dazu Fenyves, Erbenhaftung 214 ff., 240 ff.

Martin Schauer, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Teil 1)

ben zu widerrufen» und dem Gewalthaber lediglich die «in der Zwischenzeit gebabten Kosten und den sonst erlittenen Schaden ersetzen» muss. Da die Privatautonomie unverzichtbar ist, bildet § 1020 ABGB auch eine Grundlage für grundsätzliche Unzulässigkeit eines Verzichts auf den Widerruf von Auftrag und Vollmacht; ein solcher Verzicht wird von der h.A. nur anerkannt, wenn mit dem Auftrag und der Vollmacht ein über die Geschäftsbesorgung hinausgehender Zweck verfolgt wird.³⁴ Ein solcher Zweck ist bei der Tätigkeit des Organmitglieds einer Stiftung, insbesondere bei einem Mitglied des Stiftungsrats, im Regelfall nicht erkennbar.

Daraus folgt, dass Eigeninteressen des Organmitglieds bei der Beurteilung der Abberufung nach § 29 Abs. 3 (i.V.m. § 35 Abs. 1) StiftG keine Rolle spielen. Das Gericht muss bei seiner Entscheidung vielmehr eine andere Abwägung vornehmen: Es muss beurteilen, ob das auf die zweckgemässe Verwaltung und Verwendung des Vermögens gerichtete Stiftungsinteresse durch die Abberufung des Organmitglieds besser geschützt wird als bei Fortsetzung seiner Tätigkeit. Es ist offenkundig, dass diese Entscheidung dem Gericht einen Prognosevergleich abverlangt, der sich auf die Wahrung des Stiftungsinteresses bei der einen und der anderen Variante bezieht.

Aus dem Blickwinkel, wonach die oberste Handlungsmaxime des Gerichts die Sorge für die zweckgemässe Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens sein muss, ist auch die Ansicht des OGH zu würdigen, dass eine zur Abberufung des Stiftungsrats führende Verfehlung eine «erhebliche Gravität» aufweisen muss.³⁵ Entgegen einer Äusserung des Höchstgerichts lässt sich diese These nicht bereits aus dem Gesetzestext von § 29 Abs. 3 und 4 StiftG ableiten. Richtig ist nur, dass im Regelfall die Stiftungsinteressen umso stärker bedroht erscheinen, je gravierender ein Organmitglied seine Pflichten verletzt hat. Gleichwohl sollte man daraus nicht den Umkehrschluss ziehen, dass geringfügige Pflichtverletzungen ohne Abberufungssanktion bleiben müssen. Auch ein leichter Sorgfaltsverstoss kann unter Umständen einen Hinweis auf fehlende Fachkompetenz des Organmitglieds bieten und eine unverzügliche Abberufung rechtfertigen. Das Gericht hat also seine Beurteilung stets nach Massgabe der Sorge für die zweckgemässe Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens zu treffen.

3.2 Interessenkollision als Abberufungsgrund

a) Mit dem OGH ist anzunehmen, dass eine Interessenkollision zwischen einem Mitglied des Stiftungsrats und der Stiftung einen Grund für die Abberufung darstellt.³⁶ Diese Ansicht wird

durch die rechtsvergleichende Umschau, die auch das Höchstgericht vornimmt, unterstützt.³⁷ Für die Abberufung ist es nicht erforderlich, dass die Schwelle für eine Ausschliessung des Stiftungsrats von einer Rechtshandlung gemäss Art. 186 Abs. 1 PGR erreicht wird.³⁸

b) Es genügt, dass die Interessenkollision im Verhältnis zu einem Begünstigten vorliegt. In einem konkreten Fall berief sich der OGH diesbezüglich auf Art. 552 Abs. 4 PGR i.V.m. § 66 Abs. 1 TrUG, wonach der Treuhänder verpflichtet ist, einen Widerstreit seiner Interessen mit denjenigen des Treuunternehmens oder der Beteiligten zu vermeiden bzw. zu beseitigen.³⁹ Da der Begünstigte nach alter und nach neuer Rechtslage zu den Beteiligten zählt (§ 3 StiftG, Art. 552 Abs. 4 PGR a. F. i.V.m. § 39 Abs. 1 TrUG) seien auch Interessenkonflikte zu Begünstigten zu vermeiden. Das Höchstgericht nahm einen solchen Interessenkonflikt an, weil zwischen dem Stiftungsratsmitglied und einem Begünstigten ein jahrelanger Streit über eine Honorarforderung für Dienstleistungen bestand, die das Stiftungsratsmitglied in seiner Funktion als Rechtsanwalt für den Begünstigten geleistet hatte. Dafür komme es nicht darauf an, ob die Honorarforderung zu Recht besteht; ebenso wenig spiele es eine Rolle, dass die behauptete Honorarforderung nicht im Zusammenhang mit der Stiftung entstanden ist.

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Zu ergänzen ist lediglich, dass die Beurteilung bei ausschliesslicher Anwendung des neuen Stiftungsrechts nicht anders ausfallen kann. Zwar ist ein Rückgriff auf § 66 Abs. 1 TrUG jetzt nicht mehr möglich; doch genügt für ein Einschreiten des Gerichts die Gefahr, dass das Stiftungsvermögen nicht im Einklang mit dem Stiftungszweck verwaltet und verwendet wird. Zur Verwendung des Vermögens sind mit Blick auf den Stiftungszweck auch und gerade die Entscheidungen über Leistungen an Begünstigte zu verstehen. Ein Interessenkonflikt zwischen einem Stiftungsratsmitglied und einem Begünstigten dürfte stets die Gefahr einer zweckwidrigen Verwendung des Vermögens begründen, weil sich das Stiftungsratsmitglied dazu veranlasst sehen kann, an den Begünstigten

³⁴ Vgl. dazu etwa *Rubin* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 1020 Rn. 36.

³⁵ OGH 10 HG 2008.28, LES 2010, 218 (219).

³⁶ OGH 3 CG.2006.354, LES 2010, 7 (8); 10 HG 2008.28, LES 2010, 218 (219); ebenso OGH 10 HG.2008.5, LES 2010, 311 (315).

³⁷ Für das schweizerische Recht *Sprecher/v. Salis*, Schweiz, in Richter/Wachter (Hrsg.), Handbuch 1342 Rn. 104; für das österreichische Recht *öOGH* 6 Ob 278/00 a, GesRZ 2001, 95; der FL-OGH beruft sich auf *Arnold*, PSG2 § 27 Rn. 23, der dort jedoch die Interessenkollision nicht ausdrücklich erwähnt.

³⁸ OGH 3 CG.2006.354, LES 2010, 7 (8).

³⁹ OGH 3 CG.2006.354, LES 2010, 7 (9).

keine Ausschüttungen vorzunehmen; insbesondere um auf den Begünstigten Druck auszuüben, die behauptete Honorarforderung zu begleichen. Ein rechtserheblicher Interessenkonflikt liegt auch bei einer diskretionären Stiftung vor, bei der der Begünstigte keinen Anspruch auf eine Leistung und nur zum Kreis der Ermessensbegünstigten zählt. Denn es ist zu bedenken, dass es sich beim Stiftungsrat stets um einen Verwalter fremden Vermögens handelt. Eine ordnungsgemäße Verwirklichung des Stiftungszwecks lässt es nicht zu, dass bei der Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens auch eigene Interessen des Stiftungsrats im Spiel sind. Ein Interessenkonflikt zwischen dem Stiftungsratsmitglied und einem Begünstigten gefährdet somit in der Tat – und zwar auch bei einer diskretionären Stiftung – die zweckgemäße Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens und stellt auch nach neuem Recht einen Grund für die Abberufung des Organmitglieds dar.

Dagegen lehnte der OGH eine die Abberufung rechtfertigende Interessenkollision in einem Fall ab, in dem die Mitglieder des Stiftungsrats in Personalunion dem Vertretungsorgan mehrerer Stiftungen und Gesellschaften angehörten, die alle unmittelbar oder mittelbar derselben Gründerin zuzurechnen waren. In dieser Funktion nahmen sie Rechtshandlungen vor, an denen mehrere der von ihnen vertretenen Verbandspersonen beteiligt waren. Trotz der Doppelvertretung lag nach Ansicht des Höchstgerichts keine relevante Interessenkollision vor, weil die betreffenden Rechtshandlungen im Einvernehmen der Stifterin und aller Beteiligten, worunter die Kinder der Stifterin als Begünstigte zu verstehen waren, vorgenommen wurden. Auch dieser Entscheidung dürfte zuzustimmen sein.

c) Auch in einem anderen Fall kam der OGH bezüglich des Vorliegens einer Interessenkollision zu einem negativen Ergebnis. Nach dem vorliegenden Sachverhalt war der Stiftungsrat bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens, vorbehaltlich eines allfälligen Beistatuts, «völlig frei in der Investition desselben». Das betreffende Mitglied des Stiftungsrats hatte offenbar Kapital in eine Gesellschaft investiert, an der er selbst als Mehrheitsaktionär und Verwaltungsratspräsident beteiligt war. Das Höchstgericht vertrat die Ansicht, dass die Beteiligung der Stiftung an dieser Gesellschaft nicht per se, ohne dass weitere konkrete Anhaltspunkte für eine nachteilige Handlung zu Lasten der Stiftung hinzukommen, für eine Interessenkollision spräche. Denn das Interesse des Stiftungsrats sei hier insofern gleichgelagert wie jenes der Stiftung, nämlich an einer gewinnbringenden Beteiligung an der Gesellschaft. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern der Stiftungsrat etwa eine «Ungleichbehandlung» als Verwaltungsratspräsident in der besagten SA zulasten des Stiftungsvermögens auszuüben vermöge.

Diese Einschätzung mag im konkreten Fall zutreffen. Sie sollte jedoch keinesfalls zu der verallgemeinernden Schlussfolgerung führen, dass der Stiftungsrat das Vermögen der Stiftung in eine Gesellschaft investieren darf, an der er selbst beteiligt ist. Denn je nach der Lage des Falles sind Interessenkollisionen denkbar. Dies zeigt sich an zwei Beispielen: Es könnte sich beispielsweise so verhalten, dass sich die Gesellschaft, an der das Stiftungsratsmitglied beteiligt ist, in einer Krise befindet. Sollte die Beteiligung der Stiftung dann über eine Kapitalerhöhung dieser Gesellschaft zustande gekommen sein, dann könnte es sich um einen Sanierungsversuch mit Stiftungsvermögen handeln. Die Interessenkollision würde dann durch die Absicht des Stiftungsvorstands begründet werden, durch die Investition des Stiftungsvermögens auch den Wert seiner eigenen Beteiligung zu retten. Denkbar wäre etwa auch, dass die Stiftung ihre Beteiligung nicht durch eine Kapitalerhöhung, sondern durch den Erwerb von Aktien erlangt hat, die das betreffende Mitglied des Stiftungsrats aus eigenen Beständen an sie veräußert hat. In diesem Fall würde sogar ein Inschlag vorliegen, bei dem die Gefahr einer Interessenkollision besonders hoch ist. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Verwendung von Stiftungsvermögen zum Erwerb einer Beteiligung an einer Gesellschaft, an der ein Mitglied des Stiftungsrats selbst beteiligt ist, keineswegs vom Verdacht der Interessenkollision frei sein muss. Dies erkennt offenbar auch der OGH, wenn er seinen Befund, wonach in einem solchen Fall keine Interessenkollision vorliegt, mit dem einschränkenden Vorbehalt versieht: « ... ohne dass weitere konkrete Anhaltspunkte für eine nachteilige Handlung hinzukämen, ... ».

3.3 Pflichtverletzung als Abberufungsgrund

Auch Pflichtverletzungen können einen Abberufungsgrund bilden, weil sie eine zweckgemäße Verwaltung und Verwendungen des Stiftungsvermögens gefährden können. Nach Ansicht des OGH sollen nur schwere bzw. grobe Pflichtverletzungen einen Abberufungsgrund bilden, denen sich ein Stiftungsrat im Sinne einer ex-ante-Betrachtung schuldig macht, und aus denen sich entweder seine Ungeeignetheit für die Funktion ergibt oder die seine Unfähigkeit zur ordnungsgemässen Erfüllung seiner Obliegenheiten indizieren. Bei der Beurteilung der Pflichtwidrigkeiten sei primär an den Interessen der Stiftung selbst und deren Zweckverwirklichung anzuknüpfen.⁴⁰

⁴⁰ OGH 10 HG.2008.5, LES 2010, 311 (315).

Martin Schauer, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Teil 1)

Mit dem Erfordernis der ex-ante-Betrachtung soll offenbar nur zum Ausdruck gebracht werden, dass bei jeglicher Beurteilung eines Sorgfaltsverstosses auf die Perspektive des Schädigers unter Berücksichtigung der ihm im Zeitpunkt seiner Handlung zugänglichen Informationen abzustellen ist. Nach der Lehre vom Verhaltensunrecht kann ein haftungsbegründendes Unrecht lediglich durch ein objektiv sorgfaltswidriges Verhalten, aber niemals allein durch einen schädigenden Erfolg begründet werden.⁴¹ Wenngleich es im Zusammenhang mit der Abberufung nicht notwendigerweise um ein zur persönlichen Haftung führendes Verhalten eines Stiftungsratsmitglieds geht, so kann doch, wie der OGH zu Recht meint, ein pflichtwidriges Verhalten die Gefährdung einer zweckgemässen Verwendung und Verwaltung des Stiftungsvermögens nahelegen. Es ist darauf hinzuweisen, dass jegliche Handlung innerhalb der Grenzen der Business Judgment Rule keine Überschreitung des Sorgfaltsgebots darstellt.

3.4 Subsidiarität der Abberufung durch das Gericht

Mit Recht vertritt der OGH die Ansicht, dass die Zuständigkeit für die Abberufung des Stiftungsrats auch nach neuem Stiftungsrecht in der Stiftungsurkunde geregelt werden kann.⁴² Dies ergibt sich klar aus § 16 Abs. 1 Ziff. 7 StiftG. Das Recht zur Abberufung einzelner Mitglieder könne beispielsweise dem Stiftungsrat durch Mehrheitsbeschluss eingeräumt werden; ebenso könnte die Zuständigkeit hierfür auch dem Stifter oder einem Dritten, beispielsweise einem Protektor, übertragen werden.

Bei der gerichtlichen Zuständigkeit zur Abberufung gemäss § 29 Abs. 3 (i.V.m. § 35 Abs. 1) StiftG handle es sich um eine zwar zwingende – also durch die Stiftungsurkunde nicht abdingbare –, aber subsidiäre Notkompetenz des Gerichts. Die Subsidiarität des gerichtlichen Einschreitens ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich verankert; der OGH weist aber zutreffend darauf hin, dass die Subsidiarität der Gerichtszuständigkeit zur Abberufung von Stiftungsorganen auch im österreichischen Privatstiftungsrecht (§ 27 Abs. 2 öst. PSG) angenommen wird,⁴³ dem das neue liechtensteinische Stiftungsrecht insoweit nachgebildet erscheint. Als teleologischer Sicht spricht für die Subsidiarität der Gerichtszuständigkeit ferner, dass der Stifter bei der Gestaltung der Stiftungsorganisation aufgrund seiner Stifterautonomie handelt. Der Respekt vor dem Willen des Stifters verbietet deshalb eine vorschnelle Einmischung des Gerichts. Wenn es aber zu Funktionsstörungen innerhalb der Stiftungsorganisation kommt, etwa durch die Untätigkeit einzelner Organe, dann ist ein Einschreiten des Gerichts geboten.

In einem konkreten Fall sprach das Höchstgericht mit Blick auf die Subsidiarität der gerichtlichen Abberufungskompetenz in den Entscheidungsgründen aus, dass das Gericht von Amts wegen dem für die Abberufung zuständigen Protektor eine Parteistellung einräumen müsse. Denn dieser habe ein rechtlich geschütztes Interesse und damit eine rechtlich geschützte Stellung gehabt, dass die in seine primäre Kompetenz eingreifende Abberufung nur bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen vorgenommen werde.⁴⁴ Das Gericht folgt dabei den entsprechenden Ausführungen von *Arnold*⁴⁵ zum österreichischen Privatstiftungsrecht.

(Fortsetzung folgt im nächsten Heft)

⁴¹ Vgl. dazu etwa *Kodek* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 1294 Rn. 21 ff.

⁴² OGH 10 HG.2008.5, LES 2010, 311 (315).

⁴³ *Arnold*, PSG2 § 27 Rn. 2.

⁴⁴ OGH 10 HG.2008.5, LES 2010, 311 (315).

⁴⁵ *Arnold*, PSG2 § 27 Rn. 28.