

d) Last Offer Arbitration

Auch bei der Schiedsgerichtsbarkeit gibt es verschiedene Spielarten. Bei der Last offer Arbitration handelt es sich um eine Abwandlung eines Schiedsgerichtsverfahrens, bei dem die Parteien in einem Schiedsgerichtsverfahren nach einem gescheiterten Einungsgespräch dem Schiedsgericht zwei mögliche Schiedssprüche vorgeben. Diese jeweiligen von einer Partei ausgearbeiteten Schiedssprüche beinhalten das so genannte letzte Angebot aus der Verhandlung. Das Schiedsgericht kann in der Folge zwischen den beiden vorgegebenen Schiedssprüchen entscheiden. Die Praxis zeigt, dass die Parteien in einer Vielzahl der Fälle, vor der Entscheidung des Schiedsgerichtes noch eine gemeinsame Einigung aufgrund der Unsicherheiten betreffend die Entscheidung des Schiedsgerichtes erzielen.

Es gibt eine Vielzahl von Spielarten im Zusammenhang mit Mediation und Schiedsverfahren. Aus der Praxis zeigt sich mir, dass die Vorteile der Mediation insbesondere in der Akzeptanz der getroffenen Lösungen bestehen. Mediationsvergleiche werden für deren Durchsetzbarkeit je nach prozessualer Notwendigkeit vor dem Vermittler bzw. vor dem Landgericht abgeschlossen (Eheverfahren). Tatsache ist, dass Konflikte vielfach nur in gerichtlichen Relationen gesehen werden. Konflikte sind Signale, die uns zeigen, dass eine Angelegenheit oder ein Umstand in unserem Leben nicht gemäss unseren Vorstellungen verläuft. Man hat die Möglichkeit diese Konflikte als solche zu bekämpfen oder diese als Überbringer für eine Information, nämlich, dass ein Lebenssachverhalt genauer betrachtet und bearbeitet werden sollte, anzusehen. Es liegt an den Konfliktparteien und deren Beratern diese Signale zu verstehen und zu nutzen.

Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Teil 2)

Martin Schauer, Universitätsprofessor, Wien

Fortsetzung

Der nachfolgende Beitrag war und ist für den von Prof. Schurr herausgegebenen Tagungsband des 3. Stiftungsrechtstages bestimmt und dem **lichtenstein-journal** dankenswerterweise zur Verfügung gestellt worden. Teil 1 erschien in **lichtenstein-journal** 2011, 91 ff. Beide Teile erscheinen im *Jahrbuch liechtensteinisches Recht 2011/2012*.

Der Tagungsband ist unter dem Titel Schurr (Hrsg.), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht - Anwendung, Auslegung und Alternativen, Bd. 3 des Liechtensteinischen Stiftungsrechtstages, Schulthess, Zürich 2010, erschienen.

4. Stiftungsrat: Verantwortlichkeit

4.1 Grundlagen

In Hinblick auf das Rückwirkungsverbot des § 5 ABGB hält der OGH fest, dass die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats nach

altem Recht zu beurteilen ist, wenn sich der zu beurteilende Sachverhalt noch vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts verwirklicht hat.¹ Dieser Aussage ist zweifellos zuzustimmen, wengleich ihre praktischen Auswirkungen sehr gering bleiben dürften. Denn das neue Recht hat in Bezug auf die Haftung – abgesehen von der Anordnung der grundsätzlichen Unabdingbarkeit (§ 24 Abs. 6 StiftG e contrario, § 28 Abs. 2)² – keine neuen Bestimmungen hervorgebracht. Sedes materiae sind nach wie vor Art. 218 ff. PGR. Mittelbare Auswirkungen auf die Haftung können sich lediglich aus dem veränderten Pflichtenkreis für die Stiftungsratsmitglieder ergeben; beispielsweise aus der Pflicht zur Einrichtung eines geeigneten Rechnungswesens (§ 26 StiftG), deren Verletzung haftungsbegründend wirken kann. Die in § 25 Abs. 1 StiftG vorgesehene Pflicht, das Stiftungsvermögen unter Beachtung des Stifterwillens entspre-

¹ OGH 9 CG. 2006.312, LES 2010, 73 (75); 10 CG.2005.300, LES 2010, 144 (144); CG 2008.194 (Pkt. 7.1.1.).

² Vgl. dazu Heiss in Schauer (Hrsg.), Kurzkomentar Art. 552 § 24 Rn. 19 f.; Jakob, Stiftungsrecht Rn. 343.

chend dem Zweck der Stiftung nach den Grundsätzen einer guten Geschäftsführung zu verwalten, ist freilich nur als stiftungsbezogene Konkretisierung der Generalklausel in Art. 182 Abs. 2. S. 1 PGR zu verstehen³ und hat die Rechtslage inhaltlich nicht verändert. Dasselbe gilt für das haftungsfreie Ermessen der Stiftungsorgane nach Massgabe der Business Judgment Rule, die anlässlich des neuen Stiftungsrechts in Art. 182 Abs. 2. S. 2 PGR kodifiziert wurde, aber in der Rechtsprechung bereits zuvor angewendet worden war.⁴

4.2 Haftung für fehlerhafte Überwachung

4.2.1 Die Entscheidung OGH 9 CG.2006.312

In einem konkreten Fall⁵ hatte eine Stiftung zwei ihrer Stiftungsratsmitglieder auf Schadenersatz geklagt. Dem lag der Vorwurf zugrunde, die beiden Stiftungsräte hätten das wirtschaftliche Gebaren des dritten Stiftungsratsmitglieds, bei dem es sich um eine Vertrauensperson des wirtschaftlichen Stifters und zugleich Erstbegünstigten handelte, über einen langen Zeitraum nicht hinreichend überwacht. Hierdurch habe es zu Veruntreuungen dieses dritten Stiftungsratsmitglieds kommen können.

Die Entscheidungsgründe enthalten mehrere Aussagen, denen für die Praxis ein hoher Stellenwert zukommt. Der OGH geht vom Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung aus (Art. 181 Abs. 2 PGR) und leitet daraus ab, dass die beklagten Mitglieder des Stiftungsrats dadurch, dass sie die Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens alleine dem dritten Mitglied überlassen haben, ihre Pflicht zur Mitgeschäftsführung verletzt hätten.⁶ Wer die Geschäftsführung faktisch dem dritten Stiftungsratsmitglied überlässt, habe über die Pflicht zur Mitgeschäftsführung hinaus eine Überwachungspflicht in dem Umfang, dass er sich ständig über die Geschäftsführung der faktisch handelnden Personen informieren, Berichte einholen und in zweifelhaften Fällen ergänzende Auskünfte einholen müsse, um Unklarheiten auszuräumen. Auch bei einer Geschäftsverteilung zwischen den drei Stiftungsräten wären die beklagten Mitglieder des Stiftungsrats zu einer zumindest stichprobenartigen Beaufsichtigung des dritten Organmitglieds verpflichtet gewesen.⁷ Die Schadenszufügung durch Veruntreuung liege auch noch innerhalb des Adäquanzbereichs der Pflichtverletzung.⁸ Diese Ausführungen verdienen vorbehaltlose Zustimmung.

Ferner meint der OGH, dass die Frage, ob ein – hier vorliegender – statutarischer Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit wirksam sei, nicht geprüft werden müsse, weil das Verhalten der beklagten Stiftungsräte nicht als leichte Fahrläs-

sigkeit qualifiziert werden könne. Für die neue Rechtslage ist, wie erwähnt, davon auszugehen, dass statutarisch weder ein Haftungsausschluss noch eine Haftungsbeschränkung zugunsten der Stiftungsorgane vorgesehen werden kann. Eine Ausnahme besteht nur bei leichter Fahrlässigkeit unentgeltlich tätiger Organmitglieder (§ 24 Abs. 6, § 28 Abs. 2 StiftG). Die neue Rechtslage kann aber auch diesbezüglich nur auf nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstandene Stiftungen angewendet werden. Wenn man einen Haftungsausschluss nach der alten Rechtslage für zulässig hält, was der OGH zumindest für leichte Fahrlässigkeit andeutet, dann ist für Altstiftungen auch weiterhin daran festzuhalten.

Schliesslich erörtert der OGH in dem vorliegenden Fall auch die Frage einer allfälligen Haftungsminde rung der beklagten Stiftungsratsmitglieder⁹ und verweist die Sache diesbezüglich zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellung an die erste Instanz zurück. Zur Begründung einer möglichen Haftungsminde rung greift das Höchstgericht zwei dogmatische Erwägungen auf: Aus der gesamtschuldnerischen Haftung von Gesellschaftsorganen folgerten Lehre und Rechtsprechung in Österreich und Deutschland, dass sich ein haftungsrechtlich in Anspruch genommener Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschaft gegenüber in der Regel nicht auf das Verschulden eines anderen Geschäftsführers berufen könne.¹⁰ Bei besonderen Fallgestaltungen würden jedoch die deutsche und die österreichische Lehre den sich auf das Fehlverhalten des zweiten Geschäftsführers gründenden Mitverschuldenseinwand für zulässig und damit das Mitverschulden der Gesellschaft für möglich halten. Dies sei z.B. der Fall zugunsten eines Geschäftsführers, der wegen unzureichender Überwachung eines Mitgesellschafters haftet, wenn die Gesellschafter¹¹ an der Bestellung dieses

³ Auf den Zusammenhang mit Art. 182 Abs. 1 S. 1 PGR weist auch *Heiss* in Schauer (Hrsg.), *Kurzkommentar Art. 552 § 25 Rn. 4*, hin.

⁴ OGH 10 HG 2002.58-39, LES 2005, 174 (178); OGH 8 CG.2005.117, LES 2006, 456 (460); zum Trust auch OGH 14.7.2007, 10 HG 2003.17, LES 2008, 82 zur AG OGH 10 CG. 2004.358, LJZ 2008, 101.

⁵ OGH 9 CG. 2006.312, LES 2010, 73.

⁶ OGH 9 CG. 2006.312, LES 2010, 73 (75).

⁷ OGH 9 CG. 2006.312, LES 2010, 73 (76 f., Pkt. 11).

⁸ OGH 9 CG. 2006.312, LES 2010, 73 (77, Pkt. 12).

⁹ Zum Folgenden OGH 9 CG. 2006.312, LES 2010, 73 (78 ff.; Pkt. 14 f.).

¹⁰ Der OGH beruft sich dabei auf den öst. OGH RS0059675 (3 Ob 521/84, EvBl 1986/86) sowie auf *Mertens* in Hachenburg, *GmbHG*⁷ §43 Rn. 64 und *Altmeyden/Roth*, *GmbHG*⁵ § 43 Fn. 5.

¹¹ In der in der LES veröffentlichten Fassung *heisst* es an dieser Stelle (LES 2010, 73 [79, lSp]) – offenbar aufgrund eines sinnstörenden Fehlers – «wenn die Gesellschaft ... ein Verschulden trifft» anstatt wohl richtig «wenn die Gesellschafter ... ein Verschulden trifft» (so auch die vom OGH zitierte Fundstelle ReichRohrwig in Straube, *GmbHG* § 25 Rn. 185).

Martin Schauer, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Teil 2)

ungeeigneten Mit-Geschäftsführers ein Verschulden treffe und Letzter als ressortzuständiger Geschäftsführer primär verantwortlich ist. Ebenso solle der Geschäftsführer das Verschulden von Mitarbeitern der GmbH, die mit der Vorbereitung oder Vorprüfung der Geschäftsentscheidungen befasst waren, fallbezogen als Mitverschulden einwenden können, zumal andernfalls das eigene Unternehmerrisiko, das sich in der Person ihrer Mitarbeiter verwirklicht, allein auf einen Geschäftsführer überwälzt würde.¹²

Der zweite Argumentationsstrang greift das Konzept der differenzierten Solidarität nach schweizerischem Recht auf. Der OGH rechtfertigt seine Anwendung mit Art. 226 Abs. 2 PGR, der auf schweizerischer Rezeptionsgrundlage beruhe. Die differenzierte Solidarität habe zur Folge, dass der Umfang der Ersatzpflicht eines solidarisch haftenden Organmitglieds sowohl im Aussenverhältnis als auch im Innenverhältnis individuell bestimmt wird. Demnach könne der Haftpflichtige gegenüber der geschädigten Gesellschaft geltend machen, dass ihn – im Vergleich zum anderen Organ – nur ein geringeres Verschulden trifft oder für ihn ein Herabsetzungsgrund nach Art. 43 Abs. 1 oder Art. 44 OR gelte. Das Verhalten der anderen solidarisch Verantwortlichen sei dann von Relevanz, wenn das Verhalten des in Anspruch genommenen Organs gegenüber ersteren in den Hintergrund tritt bzw. sein Verschulden als gering erscheinen lässt oder mildert. Dies sei zB dann der Fall, wenn ein Organ Unregelmässigkeiten gegenüber seinen Mitorganen so geschickt verschleiert hat, dass dem in Anspruch genommenen Organ kein schwerer Vorwurf an der Nichtaufdeckung der Manipulationen gemacht werden kann.

Gestützt auf diese Erwägungen trägt der OGH dem Erstgericht auf, im fortgesetzten Verfahren nähere Feststellungen über eine allfällige Mitverantwortung der klagenden Stiftung zu treffen.¹³ Dabei sei zu beachten, dass der wirtschaftliche Stifter und zugleich Erstbegünstigte über das Stiftungsvermögen wie über sein eigenes Vermögen verfügen konnte, sodass seine rechtliche und wirtschaftliche Stellung mit der eines Alleingeschäftsführers einer GmbH verglichen werden konnte. Dabei sei unter anderem zu prüfen, ob dem wirtschaftlichen Stifter die Einsetzung des dritten Stiftungsratsmitglieds, das die Veruntreuungen begangen hatte, bekannt war und ob sie seinem allenfalls auch konkludent geäusserten Wunsch entsprach.

4.2.2 Kritik und Stellungnahme

Die Ausführungen des OGH haben viel für sich. Dennoch bedürfen sie einer rechtsdogmatischen Vertiefung. Unklar ist zunächst, wie sich die beiden Begründungswege des OGH – Mitverschul-

den der Stiftung wegen eines dem wirtschaftlichen Stifter und Erstbegünstigten zuzurechnenden Auswahlverschuldens bezüglich des dritten Stiftungsratsmitglieds einerseits und das Konzept der differenzierten Solidarität nach schweizerischem Vorbild andererseits – zueinander verhalten. Soll es sich hier um rechtsdogmatische Argumentationsmuster handeln, die alternativ angewendet werden können, um eine Haftungsminde rung zugunsten eines Organmitglieds zu begründen? Oder beruhen sie auf denselben Wertungsgrundlagen?

Zweifelhaft ist aber auch, ob ein Rückgriff auf die differenzierte Solidarität überhaupt zulässig oder gar geboten ist. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass sich der OGH noch im Jahr 2006 ausdrücklich gegen eine Differenzierung bei der solidarischen Haftung mehrerer Organmitglieder ausgesprochen und eine Orientierung am schweizerischen Modell ausdrücklich abgelehnt hat.¹⁴

Rechtsgrundlage für die Haftung mehrerer Organmitglieder ist Art. 226 Abs. 2 PGR. Die Bestimmung lautet: «Mehrere aus derselben Schadenszufügung verantwortliche Personen haften für den Schadenersatz solidarisch.» Anhaltspunkte für eine spezifische Differenzierung können der Bestimmung nicht entnommen werden. Dies schliesst freilich nicht aus, dass sich Unterschiede bezüglich des Haftungsumfangs aus dem allgemeinen Haftpflichtrecht ergeben können. Zu beachten ist ferner, dass differenzierte Solidarität im schweizerischen Recht erst durch eine Änderung des Art. 759 Abs. 1 OR im Jahr 1991¹⁵ klarge stellt wurde. Die Bestimmung lautet jetzt: Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist.» Diese Änderung wurde im liechtensteinischen Recht nicht nachvollzogen. Dieser Umstand bildete für den OGH in der Entscheidung aus 2006 noch das entscheidende Argument, die differenzierte Solidarität nach schweizerischem Recht nicht zu übernehmen und dem «klaren Gesetzeswortlaut» des Art. 226 Abs. 2 PGR Folge zu leisten. Warum es sich jetzt anders verhalten soll, bleibt in der aktuellen Entscheidung des OGH unklar. Möglicherweise war hierfür die Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts¹⁶ ausschlag-

¹² Hierbei folgt der OGH den Ausführungen von *Reich-Rohrwig* in Straube, GmbHG § 25 Rn. 185.

¹³ OGH 9 CG. 2006.312, LES 2010, 73 (80; Pkt. 16).

¹⁴ OGH 5 CG.99.165, LES 2006, 475 (478 rSp); zustimmend *Öhri*, LJZ 2007, 110.

¹⁵ Bundesgesetz vom 4.10.1991, AS 1992, 733, 786.

¹⁶ BG 11.6.1996, 4 C 147/1995.

gebend, die der OGH jetzt zitiert. In dieser Entscheidung hatte das Bundesgericht ausgesprochen, dass differenzierte Solidarität, wie sie in Art. 759 OR i.d.F. aus 1991 kodifiziert worden ist, auch auf «altrechtliche Fälle» anwendbar sei. Freilich stammt die Entscheidung des Bundesgerichts aus 1996, sodass der OGH sie bereits in seiner Entscheidung aus 1996 hätte berücksichtigen können. Warum er sie damals übergang, bleibt mangels näherer Begründung ebenso unklar wie die Frage, weshalb er sich nunmehr möglicherweise von ihr leiten liess.

Entscheidend muss freilich sein, um welche Sachfragen es bei der differenzierten Solidarität geht. Der OGH vertritt dazu die Ansicht, dass hiernach ein Haftpflichtiger gegenüber der Gesellschaft geltend machen könne, dass ihn im Vergleich zum anderen Organ nur ein geringeres Verschulden treffe oder für ihn ein Herabsetzungsgrund nach Art. 43 oder Art. 44 OR bestehe. Hierzu ist zu sagen, dass im liechtensteinischen Haftpflichtrecht für eine Geltendmachung eines im Vergleich zu einem anderen Organ geringen Verschuldens kein Anhaltspunkt vorhanden ist. Zwar ist im liechtensteinischen Recht eine Abstufung des Haftungsumfangs nach dem Verschuldensgrad vorgesehen, weil bei leichter Fahrlässigkeit nur für den positiven Schaden, bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz hingegen für das gesamte Interesse einschliesslich des entgangenen Gewinns zu haften ist (§ 1324 Abs. 1 ABGB). Diese Haftungsdifferenzierung beruht aber lediglich auf dem individuellen Verschulden des Schädigers und ist unabhängig vom Verschuldensgrad allfälliger Mitschädiger. Für die Haftung der Organe von Verbandspersonen ist diese Unterscheidung ohnehin gegenstandslos, weil der nach dem PGR ersetzende Schaden stets auch den entgangenen Gewinn umfasst (§ 35 Abs. 1 SchlTPGR).¹⁷ Für eine Abwägung zwischen den Verschuldensgraden mehrerer Organmitglieder mit der Konsequenz, dass das mit dem geringeren Verschulden belastete Organmitglied nur für einen Teil des Schadens zu haften habe, was dem OGH vorschweben dürfte, ist keine Rechtsgrundlage erkennbar.

Art. 43 OR, auf den der OGH ebenfalls verweist, enthält in Abs. 1 eine haftungsrechtliche Reduktionsklausel, die freilich nicht spezifisch auf Organmitglieder zugeschnitten ist, sondern allgemeine Geltung erheischt. Die Bestimmung lautet: «Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hiebei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat.» Durch die differenzierte Solidarität soll der Weg für die Anwendung der Bestimmung bei einer Mehrheit von Schädigern auf die individuelle Haftpflicht freigemacht werden. Im liechtensteinischen Recht kommt diese Möglichkeit nicht in Betracht, weil eine dem Art 43. Abs. 1 OR entsprechende Bestimmung nicht vorhanden ist.

Der vom OGH ferner herangezogene Art. 44 OR regelt unter anderem die Herabsetzung der Haftung wegen Mitverschuldens des Geschädigten. Die Bestimmung entspricht, was auch das Höchstgericht hervorkehrt, dem § 1304 ABGB des liechtensteinischen Rechts. Dass das Mitverschulden des Geschädigten auch bei einer Schädigermehrheit relevant ist, ist auch im Anwendungsbereich des § 1304 ABGB nicht zu bestreiten.¹⁸ Dies ergibt sich bereits aus allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts und erfordert keinen Rückgriff auf ein Konzept einer differenzierten Solidarität. Fraglich kann demnach nicht sein, ob das Mitverschulden des Geschädigten – bzw in den Fällen der Organhaftung: das Mitverschulden der geschädigten Verbandsperson – zu berücksichtigen ist, sondern nur, unter welchen Voraussetzungen dies zu geschehen hat. Hierfür bietet aber die vom OGH am Beispiel der GmbH beschriebene Lehre über das Mitverschulden des Rechtsträgers bei der Haftung der Organmitglieder einen zureichenden Ansatzpunkt. Vor allem in jenen Fällen, in denen die Gesellschafter einer Verbandsperson ein erkennbar ungeeignetes Organmitglied bestellen (vgl. dazu oben bei FN. 55), erscheint ein Mitverschuldenseinwand jenes Organmitglieds gerechtfertigt, das wegen einer unzureichenden Überwachung in Anspruch genommen wird.

Schliesslich soll, worauf der OGH in der vorliegenden Entscheidung nicht eingeht, die differenzierte Solidarität auch dazu dienen, die Haftung eines Organmitglieds für jene Schäden oder Schadensteile auszuschliessen, die sie nicht adäquat verursacht haben. Auch dies ist selbstverständlich und ergibt sich bereits aus allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts. Auszugehen ist davon, dass Art. 226 Abs. 2 PGR keine Erfolgs haftung der einzelnen Organmitglieder begründet, sondern eine Haftung lediglich dann eintreten lässt, wenn in der Person des in Anspruch genommenen Organmitglieds alle Voraussetzungen für eine persönliche Haftpflicht vorliegen.¹⁹ Dann – und nur dann – kommt es zur Haftung des einzelnen Organmitglieds. Keineswegs verhält es sich so, dass die Sorglosigkeit eines Organmitglieds ipso iure zur Haftung aller übrigen Organmitglieder führt. Zu den Haftungsvoraussetzungen gehört auch die Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie und als ein weiteres Zurechnungskriterium die Adäquanz.²⁰ Daraus folgt, dass eines von mehreren Mitgliedern des Stiftungsrats für einen Schaden oder Schadensteil, den es nicht selbst durch eigene Sorgfaltswidrigkeit verursacht hat, nicht zu haften hat. Erneut

¹⁷ Darauf verweist auch *Öhri*, LJZ 2007, 103.

¹⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht³ I Rn. 106 ff.

¹⁹ Vgl. nur *Öhri*, LJZ 2007, 110.

²⁰ Näher dazu *Öhri*, LJZ 2007, 108 f; vgl. auch *Jakob*, Stiftung Rn. 337.

Martin Schauer, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Teil 2)

bedarf keines Rückgriffs auf eine differenzierte Solidarität als Begründungselement.

Zusammenfassend zeigt sich also, dass für eine differenzierte Solidarität als eigenständiges Rechtsinstitut bei der Haftung von Organmitgliedern im liechtensteinischen Recht kein Platz ist. Die Voraussetzungen der Haftung sind für jedes Organmitglied individuell zu beurteilen. Soweit eine Haftpflicht mehrerer Organmitglieder besteht, wirkt sie nach Art. 226 Abs. 2 PGR solidarisch. Die Anwendung allgemeiner Regeln des Schadenersatzrechts kann zu Differenzierungen bezüglich des Haftungsumfangs führen. Dies gilt insbesondere bei einem allfälligen Mitverschulden der Verbandsperson und bei fehlender Ursächlichkeit des Organmitglieds für den Gesamtschaden. Die Differenzierung des Haftungsumfangs ist dann lediglich eine Rechtsfolge aus der Anwendung des allgemeinen Haftpflichtrechts; die differenzierte Solidarität kann aber, da sie keinen eigenständigen Argumentationswert besitzt, niemals einen unterschiedlichen Haftungsumfang der einzelnen Organmitglieder begründen.

4.3 Haftung bei fehlerhafter Auslegung der Stiftungsdokumente?

In einer weiteren Entscheidung des OGH ging es um die Haftung des Stiftungsrats für die Auslegung von Stiftungsdokumenten in Anbetracht eines Widerspruchs zwischen den Statuten und einem Reglement in Bezug auf die Änderungsbefugnis des Stiftungsrats.²¹ Das Höchstgericht hielt dem Stiftungsrat zugute, dass er mit einer vertretbaren Rechtsansicht der Meinung sein konnte, dass eine statutarische Änderungsbefugnis in Bezug auf das Reglement auch mit begünstigungsrelevanter Wirkung bestand. Eine vertretbare Rechtsansicht sei vor allem dann anzunehmen, wenn sie schon einmal in Lehre, Rechtsprechung oder in den Gesetzesmaterialien aufgeschienen ist. Unvertretbar sei die Auslegung einer gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmung dann, wenn sie weder in höchstgerichtlichen Entscheidungen noch in der Lehre oder in den Gesetzesmaterialien Deckung findet. Während der Satz zur Vertretbarkeit Zustimmung verdient, könnte der für die Unvertretbarkeit gezogene Umkehrschluss zu Missverständnissen Anlass geben. Denn zu zahlreichen Fragen wird man in Lehre, Rechtsprechung und in Gesetzesmaterialien keine eindeutige Antwort finden. Dies gilt vor allem für die Auslegung vertraglicher Bestimmungen – oder allgemeiner formuliert: rechtsgeschäftlicher Regelungen –, die zumeist Einzelfallbezug aufweisen und noch niemals Gegenstand von Erörterungen in Lehre und Rechtsprechung gewesen sind. Dies trifft auch auf standardisierte Vertragsbedingungen,

wie etwa AGB, zu. In derartigen Fällen kann aus dem Fehlen früherer Befassung durch die Gerichte und das Schrifttum keinesfalls auf die Unvertretbarkeit einer Rechtsansicht geschlossen werden, weil andernfalls jede Rechtsansicht dem Verdikt der Unvertretbarkeit anheim fallen würde. Unvertretbarkeit kann in solchen Fällen nur methodische Unvertretbarkeit bedeuten; also die Behauptung einer Auslegung, die mit den Regeln der Auslegung von Gesetzen (§§ 6 f. ABGB) oder Rechtsgeschäften (§§ 914 f. ABGB) in krassem Widerspruch steht.

Beachtung verdienen in dieser Entscheidung auch die Ausführungen des OGH über das Verhältnis von Statut und Beistatut. Im Anschluss an seine frühere Judikatur²² spricht das Höchstgericht aus, dass ein sogenanntes Beistatut (Reglement) mit der Stiftungsurkunde (Statuten) nicht gleichrangig sei. Es stelle ein die Stiftungsurkunde ausführendes Dokument dar, das der Stiftungsurkunde nicht widersprechen darf. Das Verhältnis zwischen der Stiftungsurkunde und dem Reglement lasse sich mit dem Verhältnis zwischen dem Gesetz und der hierzu ergangenen Verordnung vergleichen. Die Subsidiarität des Reglements beruhe auf zwingendem Recht, sei somit der Parteiendisposition entzogen und könne auch durch eine anders lautende Anordnung im Reglement nicht aufgebrochen werden.

Für das neue Stiftungsrecht bedarf diese Ansicht einer kritischen Überprüfung. Denn das neue Stiftungsrecht unterscheidet zwischen drei Arten von Stiftungsdokumenten: der Stiftungsurkunde (Statut; § 16 StiftG), der Stiftungszusatzurkunde (Beistatut, § 17 StiftG) und dem Reglement (§ 18 StiftG). Die ersten beiden Kategorien müssen vom Stifter erlassen werden, wobei freilich nur die Stiftungsurkunde obligatorisch ist, und können nicht – vorbehaltlich eingeräumter Änderungsbefugnisse (§§ 31 f. StiftG) – nicht in die Zuständigkeit eines Stiftungsorgans übertragen werden. Reglemente können je nach der Regelung in der Stiftungsurkunde vom Stifter oder von einem anderen Stiftungsorgan erlassen werden. In Hinblick auf diese Rechtslage kann für Neustiftungen von einem zwingenden Hierarchieverhältnis zwischen der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde nicht ausgegangen werden. Denn beide Erklärungen stammen vom Stifter und haben insofern den gleichen Rang. Diese Äquivalenz der beiden Urkunden wird nur dadurch geschmälert, dass bestimmte Regelungsinhalte nur in der Stiftungsurkunde enthalten sein dürfen und nicht in die Zusatzurkunde ausgelagert werden dürfen (§ 16 Abs. 1 und 2 StiftG). Für das Reglement i.S.d. § 18 StiftG ist

²¹ OGH 10 CG.2005.300, LES 2010, 144.

²² Vgl. etwa OGH 10 HG.2002.26, LES 2005, 41 (45).

dagegen weiterhin von einer hierarchischen Unterordnung unter die Stiftungsurkunde auszugehen, weil die Reglemente nur dann und insoweit erlassen werden dürfen, als dies in der Stiftungsurkunde vorgesehen ist. Hierfür spielt es keine Rolle, ob die Befugnis zur Erlassung dem Stifter oder einem Stiftungsorgan eingeräumt wurde.

4.4 Haftungsbefreiung unter Berufung auf den Mandatsvertrag?

4.4.1 Die Entscheidung OGH CG.2008.194

In einer jüngst ergangenen Entscheidung²³ war erneut über die Haftpflicht eines Stiftungsratsmitglieds zu entscheiden. Der im Volltext der Entscheidung ausführlich referierte Sachverhalt kann hier nur stark gekürzt wiedergegeben werden. Zwei Ehegatten hatten jene Stiftung gegründet, die von demselben Treuhandbüro verwaltet wurden. Das Treuhandbüro entsandte auch das später beklagte Stiftungsratsmitglied, das ebenfalls für beide Stiftungen tätig war. Bei der von der Ehefrau gegründeten Stiftung handelte es sich im Wesentlichen um eine Familienstiftung im weiteren Sinn, die nach ihrem statutarischen Zweck Ausschüttungen an Angehörige bestimmter Familien zuließ. Ferner vorgesehen, dass die Stiftung ausserhalb des Familienkreises Ausschüttungen an bestimmte oder bestimmbare Personen, Institutionen oder dergleichen vornehmen oder jenen sonstige wirtschaftliche Vorteile gewähren könne. Neben den Stiftungsstatuten bestanden Mandatsverträge. Aufgrund des zwischen der Ehefrau und dem Treuhandbüro geschlossenen Mandatsvertrags verpflichtete sich der Treuhänder, dass das Mandat ausschliesslich auf Weisung der Ehefrau oder ihres Ehemanns als Instruktionsberechtigtem ausgeübt würde. Die Stiftungsräte sollten ohne Instruktion nicht verpflichtet sein, selbstständig zu handeln.

Aufgrund einer vom Ehemann erteilten Weisung verpfändete das Mitglied des Stiftungsrats namens der von der Ehefrau errichteten Stiftung deren Vermögen. Dadurch sollten Verbindlichkeiten gesichert werden, die die vom Ehemann gegründete Stiftung eingegangen hatte. Über die Verpfändung war die Ehefrau nicht informiert. Durch die Verwertung der Pfänder erlitt die Stiftung der Ehefrau Verluste. Gegenstand der von der Stiftung der Ehefrau eingebrachten Klage war der Ersatz der hierdurch entstandenen Vermögensnachteile.

Der OGH entschied, dass der Stiftungsrat für die Verluste nicht verantwortlich sei. Bereits zu Beginn seiner Begründung schränkte er die Haftung des Stiftungsrats tendenziell ein, indem er ausführte, dass bei der Verschuldensprüfung darauf zu

achten sei, dass die Verantwortlichkeit in einem den wirklichen Gegebenheiten entsprechenden Rahmen gehalten werden sollte, damit sich eine pflichtbewusste Person überhaupt noch dazu entschliessen könne, ein Verwaltungsratsmandat zu übernehmen. Das Haftungsrisiko sei auf ein vernünftiges, mit dem praktischen Leben in Einklang stehendes Mass zu beschränken; das Risiko, persönlich haften zu müssen, dürfe nicht übermässig gross sein. Ferner qualifizierte das Höchstgericht den Begünstigten, der ein «absolutes Weisungsrecht auf die Ausgestaltung der Begünstigungsregelung gegenüber den Stiftungsräten hat, diese darüber hinaus ausschliesslich nach seinen Instruktionen zu handeln haben, und der über das Vermögen der Stiftung wie über sein eigenes verfügt», als faktisches Organ. Denn das entscheidende Argument erblickt der OGH im Mandatsvertrag, aus dem er ableitet, dass das Stiftungsratsmitglied blosser Weisungsempfänger und die beiden Ehegatten faktische Organ gewesen seien. Das beklagte Mitglied des Stiftungsrats habe bei der Verpfändung nichts anderes getan als der erteilten Weisung Rechnung zu tragen; er habe auftragsgemäss gehandelt. Damit sei dem Verantwortlichkeitsanspruch der Boden entzogen.

Aber selbst wenn man in dieser Hinsicht anderer Ansicht sein sollte, habe die Verpfändung im Stiftungszweck Deckung gefunden, Denn die Stiftung sei nicht nur zur Förderung der Angehörigen der Familienangehörigen im weitesten Sinn bestimmt, sondern auch befugt, ausserhalb des Familienkreises Ausschüttungen an bestimmte, bestimmbare natürliche oder juristische Personen oder Institutionen vorzunehmen und diesen sonstige wirtschaftliche Vorteile zu gewähren. Von diesem Zweck sei zweifellos auch die Verpfändung des bestehenden und künftigen Vermögens der Stiftung umfasst.

4.4.2 Kritik und Stellungnahme

Die Entscheidung des OGH ist abzulehnen. Beide Argumentationsstränge gehen fehl. Soweit das Höchstgericht den Mandatsvertrag zur Rechtfertigung der Handlungen des beklagten Stiftungsratsmitglieds bemüht, stellt er im Ergebnis den Mandatsvertrag über die Stiftungsstatuten. Dem ist entschieden zu widersprechen. Wenngleich eine ausführliche rechtsdogmatische Untersuchung des Verhältnisses zwischen dem Mandatsvertrag und den Stiftungsstatuten noch aussteht, so ist jedenfalls festzuhalten, dass der Mandatsvertrag das Stiftungsratsmitglied niemals von der Erfüllung seiner organschaftlichen Pflichten befreien kann.²⁴ Es ist Sache des Stiftungsrats, eine

²³ OGH CG 2008.194.

²⁴ Zutreffend Bösch, Stiftungsrecht 770; diesem folgend Jakob, Stiftung Rn. 258.

Martin Schauer, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Teil 2)

Pflichtenkollision zwischen dem Mandatsvertrag und den Statuten zu vermeiden. Die Möglichkeit dazu hätte im vorliegenden Fall durchaus bestanden, weil der Mandatsvertrag ausdrücklich vorsah, dass den Weisungen der Instruktionsberechtigten dann nicht zu entsprechen sei, wenn sie einem Gesetz, den Statuten und den guten Sitten widersprechen. Lässt sich die Weisung mit den Statuten nicht in Einklang bringen, so war das Mitglied des Stiftungsrats ohne Verletzung mandatsvertraglicher Pflichten zur Ablehnung der Weisung berechtigt. Die Kardinalpflicht des Stiftungsrats ist die Verwirklichung des Stiftungszweck und die diesem Zweck entsprechende Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens (§ 25 Abs. 1, § 29 Abs. 3 und 4 StiftG). Hiervon können der Mandatsvertrag und die auf seiner Grundlage erteilten Weisungen nicht dispensieren.

Sollte es sich dagegen so verhalten haben, dass sich – wie der OGH im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zum faktischen Organ meint – der Begünstigte ein absolutes Weisungsrecht gegenüber den Stiftungsräten vorbehalten hat, sodass diese ausschliesslich nach seinen Instruktionen zu handeln haben und der Begünstigte über das Vermögen der Stiftung wie über sein eigenes verfügt, so muss die Ernstlichkeit der Stiftungerrichtung in Frage gestellt werden. Denn wenn der Begünstigte und zugleich Stifter in der Tat über das Stiftungsvermögen wie über sein eigenes Vermögen verfügen wollte, dann war bei ihm offenbar der Wille zur Errichtung einer Stiftung nicht vorhanden. Die Stiftungerrichtungswille zählt freilich nach altem Recht²⁵ und nach neuem Recht (§ 16 Abs. 1 Ziff. 1 StiftG) zu den essentialia negotii des Stiftungerrichtungsgeschäfts. Liegt der entsprechende Wille nicht vor, so handelt der Stifter mit Mentalreservation. Die Stiftung wäre dann, wenn sie nicht trotz des Gründungsmangels aufgrund ihres faktischen Vollzugs als Rechtsperson anzuerkennen ist,²⁶ als nichtig anzusehen. In der Tat hat der OGH in früheren Entscheidungen die Bereitschaft erkennen lassen, aus solchen bewussten Willensmängeln bei der Errichtung einer Stiftung oder Anstalt die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen;²⁷ dies sollte vor allem dann der Fall sein, wenn der Stifter das Stiftungsvermögen weiter zum eigenen Vorteil und nicht im Sinn des angegebenen Stiftungszwecks verwenden wollte.²⁸ In diesem Zusammenhang ist auch auf eine rezente Entscheidung des OLG Stuttgart²⁹ zu verweisen, in der das Gericht die Zuordnung eines bestimmten Vermögens zu einer Stiftung in Hinblick auf die mandatsvertraglich vorgesehenen Einflussmöglichkeiten der Stifterin verneint hatte (dazu auch unten 6.).

Im Ergebnis erweisen sich die Ausführungen des OGH zum Mandatsvertrag als widersprüchlich: Geht man von einer wirksam errichteten Stiftung aus, so konnte der Stiftungsrat durch

den Mandatsvertrag nicht von seinen organschaftlichen Pflichten entbunden werden. Bestand hingegen die Absicht, über das Stiftungsvermögen weiterhin wie über eigenes Vermögen zu verfügen, so wäre das Stiftungerrichtungsgeschäft wegen Mentalreservation fehlerhaft, was einer wirksamen Entstehung der Stiftung im Wege stehen könnte.

Auch der zweite Begründungsweg, den der OGH hilfsweise heranzieht, vermag das Ergebnis nicht zu rechtfertigen. Die Argumentation lautet, dass die Verpfändung des Stiftungsvermögens ohnehin im Stiftungszweck Deckung fand, weil die Statuten neben einer Förderung der Familienangehörigen auch Ausschüttungen an bestimmte oder bestimmbar natürliche oder juristische Personen oder Institutionen vornehmen oder jenen sonstige wirtschaftliche Vorteile gewähren dürfe. Dabei wird übersehen, dass dieser Teil der Zweckbeschreibung wegen vollkommener Unbestimmtheit als nichtig betrachtet werden muss. Er erfüllt die Anforderungen an die Zweckbestimmtheit weder nach dem alten Stiftungsrecht, weil er im Sinne der Aufsehen erregenden Entscheidung des OGH aus dem Jahr 2003 nicht einmal rudimentär erkennen lässt, wie das Stiftungsvermögen verwendet und nach welchen zumindest rudimentären Kriterien der Kreis der Begünstigten gezogen wird,³⁰ noch nach dem neuen Stiftungsrecht, weil die Statuten diesbezüglich die Begünstigten oder den Begünstigtenkreis weder konkret noch nach objektiven Merkmalen bezeichnen und auch nicht auf eine Stiftungszusatzurkunde verwiesen wird. Selbst ein Rückgriff auf eine spätere Entscheidung des OGH,³¹ in der das Höchstgericht die unzureichende Zweckbestimmtheit der Statuten durch einen Rückgriff auf den Auftrag des Treugebers und die Begleitumstände als Grundlagen ergänzender Auslegung sanieren wollte,³² kommt hier nicht in Betracht, weil externe Anhaltspunkte, wie die Bestimmung über den Stiftungszweck zu konkretisieren ist, nicht ersichtlich sind. Vielmehr ist die Bestimmung wohl überhaupt nur verständlich, wenn man sie mit der Weisungsbefugnis aufgrund des mit der Stiftungs-

²⁵ Zum alten Recht etwa *Müller/Bösch* in Richter/Wachter (Hrsg.), Handbuch 1070 Rn. 9, 1089 Rn. 68.

²⁶ Vgl. dazu *Heiss* in Schauer (Hrsg.), Kurzkommentar Art. 552. § 16 Rn. 12.

²⁷ Vgl. etwa OGH 1 Cg 378/99-50, LES 2002, 41; ferner OGH 2 C 264/87-29, LES 1991, 91; 2 C 133/95-70, LES 1998, 111 (115); 4 C 376/96, LES 1998, 332 (337); in diesen Entscheidungen ist freilich – dogmatisch nicht ganz präzise – von Scheingeschäft anstatt von Mentalreservation die Rede.

²⁸ OGH 2 C 133/95-70, LES 1998, 111 (115); 4 C 376/96, LES 1998, 332 (337); ähnlich OGH 2 C 264/87-29, LES 1991, 91.

²⁹ OLG Stuttgart, 5 U 40/09.

³⁰ OGH 1 CG 2002.262-55.

³¹ OGH 1 CG 2006,71, LES 2008, 279.

³² Dazu eingehende Kritik bei *Schauer*, LJZ 2009, 42 f.

errichtung gleichzeitig geschlossenen Mandatsvertrag in Beziehung setzt: Offenbar ging es in der Tat darum, dass sich die Stifterin oder ihr instruktionsberechtigter Ehegatte alle Möglichkeiten offenhalten wollte, um in beliebiger Weise mit dem Stiftungsvermögen zu verfahren. Denn ohne ein solches Weisungsrecht würde sich kein vernünftiger Stifter auf eine Bestimmung des Stiftungszwecks einlassen, die der Stiftungsrat bei der Verfügung über das Stiftungsvermögen ohne irgendeine quantitative Beschränkung vollkommen freie Hand lässt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die genannte Bestimmung über den Stiftungszweck, auf die sich der OGH hilfsweise beruft, die Anforderungen an die Bestimmtheit des Stiftungszwecks nicht erfüllt und deshalb nichtig ist. Sie vermag deshalb auch die Verpfändung des Stiftungsvermögens nicht zu rechtfertigen. Mit der vorliegenden Entscheidung hat der OGH dem liechtensteinischen Stiftungsrecht keinen guten Dienst erwiesen. Sie ist dazu geeignet, jenem Vorurteil neue Nahrung zu verleihen, wonach es sich bei der liechtensteinischen Stiftung lediglich um eine andere Form eines Bankkontos handelt. Dem Verständnis der Stiftung als selbstständiger Rechtsträger wird dabei nicht ausreichend Rechnung getragen.

5. Die Rechtsstellung der Begünstigten

Die Begünstigten sind durch das neue Stiftungsrecht bei privaten Stiftungen zu wesentlichen Trägern der Foundation Governance geworden. Dies zeigt sich durch ihre umfassenden Informations- und Auskunftsrechte (§ 9 StiftG) und ihre Rechtsstellung als Stiftungsbeteiligte (§ 3 Ziff. 2 bis 5 StiftG).

In einer rezenten Entscheidung³³ ging es um die Bekämpfung eines Stiftungsratsbeschlusses durch Begünstigte, die sich hierbei auf Art. 178 PGR stützten. Der OGH verwarf dieses Begehren mit dem Argument, dass die Begünstigten keine Aktivlegitimation nach dieser Bestimmung besäßen. Gemäss Art. 178 PGR sei die Verwaltung oder, wenn diese nicht selbst klagt, die Revisionsstelle³⁴ der Verbandsperson berechtigt, einen Beschluss des obersten Organs oder eines anderen Organs wegen Gesetz- oder Statutenwidrigkeit anzufechten. Bei Verbandspersonen mit Mitgliedern hätten eine bestimmte Anzahl von stimmberechtigten Mitgliedern oder einzelne Stimmberechtigte die gleiche Befugnis zur Anfechtung. Eine analoge Anwendung des Beschlussanfechtungsrechts auf Begünstigte scheitere nach Ansicht des OGH schon an der unterschiedlichen Rechtsstellung der stimmberechtigten Mitglieder einer Verbandsperson im Vergleich zu den Begünstigten. Begünstigte seien keine stimmberechtigten Mitglieder einer Stiftung; die Stiftung ver-

füge vielmehr über Destinatäre. Gegenüber einer Verbandsperson fehle es an einer körperschaftlichen Willensbildung der Mitglieder, worauf Art. 178 PGR aber abstelle. Begünstigte seien Zuwendungsempfänger, aber nicht mitgliedschaftlich mit der Stiftung verbundene Personen und auch nicht zur Willensbildung berechtigt.

Das Höchstgericht führt ferner aus, dass die Begünstigten sowohl nach altem als auch nach neuem Recht Informationsrechte besäßen (Art. 552 Abs. 4 PGR a.F. i.V.m. § 68 TrUG, § 9 StiftG). Daraus leitet es ab, dass ein Beschlussanfechtungsrecht offenbar bewusst nicht eingeräumt worden sei. Eine Popularanfechtung von Stiftungsratsbeschlüssen sei dem Gesetz nicht zu entnehmen.

In einer wenig später ergangenen Entscheidung,³⁵ die möglicherweise denselben Ausgangsfall zum Gegenstand hatte, führte das Höchstgericht ergänzend aus, dass sich aus Art. 178 f PGR auch kein Recht der Begünstigten herleiten lasse, einen Beschluss des Stiftungsrats durch ein auf Feststellung der Nichtigkeit gerichtetes Begehren oder durch ein Aufhebungsbegehren zu bekämpfen. Ebenso wenig biete diese Bestimmung eine Grundlage für ein Feststellungsbegehren, dass eine Bestimmung der Beistatuten weiterhin rechtsgültig bestehe.

Diesen Ausführungen ist grundsätzlich zuzustimmen. Das bedeutet freilich nicht, dass die Begünstigten gegenüber Beschlüssen des Stiftungsrats schutzlos wären. Sie haben jedenfalls das Recht, bei Gericht einen Antrag auf die Aufhebung von Beschlüssen des Stiftungsrats zu stellen (§ 35 Abs. 1 i.V.m. § 29 Abs. 3 StiftG). Sie sind dabei – anders als nach Art. 179 PGR – an keine Frist gebunden. In diesem Zusammenhang ist noch auf einen weiterführenden Gesichtspunkt hinzuweisen: Die moderne Dogmatik unterscheidet bei Beschlussmängeln – verkürzt ausgedrückt³⁶ – zwischen nichtigen Beschlüssen und anfechtbaren Beschlüssen. Nichtige Beschlüsse sind ipso iure unwirksam, was von jedermann geltend gemacht werden kann. Anfechtbare Beschlüsse sind fehlerhaft zustande gekommen; sie bleiben aber so lange rechtswirksam, bis sie aufgrund einer Anfechtung beseitigt wurden. Was fehlerhafte Beschlüsse

³³ 02 CG.2007.145, LES 2010, 84.

³⁴ Der OGH spricht in diesem Zusammenhang von der «Kontrollstelle», was jedoch nicht im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut steht.

³⁵ OGH 10 CG.2008.123, LES 2010, 181.

³⁶ Vgl. dazu etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ 440 ff (die dort überdies angeführten Kategorien der Nichtbeschlüsse [Scheinbeschlüsse], unwirksamen Beschlüsse und Beschlüsse, die wieder aufzuheben sind, können im vorliegenden Zusammenhang ausser Betracht bleiben).

Martin Schauer, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Teil 2)

des Stiftungsrats betrifft, so könnte man aus § 29 Abs. 3 StiftG den Schluss ziehen, dass das Gesetz von der Anfechtbarkeit ausgeht: Denn Gegenstand der «Aufhebung» kann nur sein, was zuvor bestanden hat. Gleichwohl ist gegenüber vorschnellen Schlüssen Vorsicht geboten, weil die Annahme der Anfechtbarkeit unerträgliche Folgen auslösen könnte. Man kann etwa an den Fall denken, dass ein Stiftungsrat einem Begünstigten durch statutenwidrigen Beschluss die Begünstigung entzieht. Wäre ein derartiger Beschluss lediglich anfechtbar, so wäre er vorerst wirksam. Dies wiederum hätte zur Folge, dass der von der rechtswidrigen Entziehung seiner Rechtsstellung betroffene Begünstigte diese Folge zunächst hinnehmen müsste, solange der Beschluss aufrecht ist. Gegen den Beschluss könnte er sich aber gerade nicht zur Wehr setzen, weil er ja – wegen der vorläufigen Wirksamkeit – seine Rechtsstellung als Stiftungsbeteiligter verloren und deshalb auch die Aktivlegitimation zur Einleitung eines Verfahrens nach § 35 Abs. 1 i.V.m. § 29 Abs. 3 StiftG verloren. Es ist offenkundig, dass dieses Ergebnis nicht richtig sein kann. Man wird deshalb das Wort «Aufhebung» in § 29 Abs. 3 StiftG nicht auf die Goldwaage legen und dem Gesetzgeber zusinnen dürfen, er habe über die Begründung einer Gerichtskompetenz für die Beschlusskontrolle hinaus noch eine Aussage über die Dogmatik fehlerhafter Beschlüsse treffen wollen. Deshalb ist davon auszugehen, dass fehlerhafte Beschlüsse des Stiftungsrats nicht anfechtbar, sondern nichtig sind.

6. Schlussbemerkung und Ausblick

Der Überblick über die aktuelle Rechtsprechung zeigt, dass die Judikatur den Übergang vom alten zum neuen Stiftungsrecht gut bewältigt hat. Die allermeisten Entscheidungen belegen einen methodisch reflektierten, zugleich aber praktikablen Umgang mit dem neuen Recht. Dass die Entscheidungen dazu anregen, über Folgefragen nachzudenken, und dass man in einzelnen Punkten auch anderer Meinung sein kann, steht dieser positiven Einschätzung nicht entgegen. Lediglich die Entscheidung zum Verhältnis zwischen dem Mandatsvertrag und den Stiftungsstatuten (oben ###) muss als grundsätzlich verfehlt bezeichnet werden. Es ist zu hoffen, dass die Rechtsprechung die nächste Gelegenheit zur Korrektur seiner Ansicht benützen wird.

Die wirkliche Bewährungsprobe für das neue Stiftungsrecht steht freilich noch aus. Sie besteht darin, den Seriositätsgewinn, der durch die Totalrevision erzielt worden ist, nicht leichtfertig aufs Spiel zu setzen. Das neue Recht wird – vor allem durch die Konzentration und Beschränkung statutarischer Einflussrechte

auf den Stifter und die Neugestaltung der Foundation Governance – vom Grundgedanken bestimmt, die Stiftung als selbstständige Rechtsform ernst zu nehmen und sie nicht lediglich als Vermögensmasse erscheinen zu lassen, auf die der Stifter oder gar dritte Personen mithilfe vollends weisungsgebundener Organmitglieder in derselben Weise Zugriff nehmen können, als würde es sich beim Stiftungsvermögen immer noch um ihr eigenes Vermögen handeln. Bis dahin muss noch ein weiterer Weg zurückgelegt werden.

Mit welchen Problemen das liechtensteinische Stiftungsrecht in seiner Aussenwahrnehmung immer noch zu kämpfen hat, zeigen zwei aktuelle Entscheidungen ausländischer Gerichte. Das OLG Stuttgart³⁷ hatte einen Fall zu beurteilen, in dem die Nachlasszugehörigkeit eines Wertpapierdepots umstritten war, dass die Erblasserin als Stifterin zu Lebzeiten in eine liechtensteinische Stiftung eingebracht hatte. Nach Ansicht des Gerichts in seiner viel beachteten³⁸ Entscheidung hing die Beurteilung davon ab, ob die Stiftung nach liechtensteinischem Recht wirksam errichtet worden war. Da im konkreten Fall ein Mandatsvertrag vorlag, der der Stifterin erhebliche Steuerungsmöglichkeiten über die Verwendung des Stiftungsvermögens einräumte, verneinte das Gericht die wirksame Errichtung der Stiftung. Es berief sich dabei auf die Rechtsprechung des Fürstlich Obersten Gerichtshofs,³⁹ wonach ein nichtiges Scheingeschäft vorläge, wenn sich der Stifter im Zuge des Stiftungserrichtungsgeschäfts Änderungsbefugnisse in der Absicht vorbehält, das Stiftungsvermögen weiterhin zu seinem Vorteil und nicht im Sinne des angegebenen Stiftungszweckes zu verwenden. Gläubiger des Stifters können dann ohne weiteres auf das Vermögen der Stiftung zugreifen.⁴⁰ Wohl überzogen ist es freilich, wenn das OLG Stuttgart aus der Rechtsprechung des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs ableiten will, dass bereits der Mandatsvertrag als solcher ein wesentliches Indiz für das fehlende Ausscheiden des Stiftungsvermögens aus dem Herrschaftsbereich des Stifters darstellt.⁴¹ Gleichwohl ist der Widerspruch dieser Entscheidung zu der oben dargestellten Entscheidung des OGH über das Verhältnis zwischen Statuten und Mandatsvertrag nicht zu übersehen.

³⁷ OLG Stuttgart, 5 U 40/09.

³⁸ Vgl. zu dieser Entscheidung die Besprechungen von *Lange/Honzen*, ZEV 2010, 229 f.; v. *Cube*, NZG 2010, 17 ff.; *Lennert/Blum*, LJZ 2010, 28 ff.; *Büch*, ZStV 2010, 176 ff.

³⁹ Vgl. dazu oben bei Fn. 74 und 75.

⁴⁰ OLG Stuttgart, 5 U 40/09, Rn. 67.

⁴¹ OLG Stuttgart, 5 U 40/09, Rn. 68.

Besonders deutlich fällt das Urteil über die liechtensteinische Stiftung in einer jüngst ergangenen Entscheidung des österreichischen OGH aus.⁴² Zu beurteilen war darin ein anfechtungsrechtliches Problem: Ein österreichischer Schuldner hatte eine in Österreich gelegene Immobilie in eine von ihm gegründete liechtensteinische Stiftung eingebracht, deren Begünstigte seine zwei Kinder waren. Absicht des Stifters war zum einen die Versorgung seiner Ehefrau und seiner Kinder, zum anderen aber auch, die Immobilie dem Zugriff seiner gegenwärtigen und künftigen Gläubiger zu entziehen. Gegenstand des Verfahrens war die Anfechtung der Zuwendung der Immobilie an die Stiftung durch einen Gläubiger des Stifters. Obwohl es in diesem Verfahren lediglich um kollisionsrechtliche und anfechtungsrechtliche Fragen ging, setzte sich das österreichische Höchstgericht mit der liechtensteinischen Stiftung – freilich noch zur alten Rechtslage – eingehend auseinander. Nach einer Darstellung der Rechtslage, bei der das Gericht vor allem die Interventionsmöglichkeiten des Stifters und die durch Treuhandschaften und Befreiung von der Eintragungspflicht der meisten Stiftungen erzeugte Intransparenz hervorstreicht, gelangt es zu folgendem Fazit: «Schon die cursorisch dargelegte Rechtslage bestätigt die Auffassung der zitierten Autoren⁴³ über die Missbrauchsträchtigkeit der liechtensteinischen Stiftung, die es Gläubigern des Stifters nahezu unmöglich macht, auf dessen Vermögen zu greifen. Wenn es dem Gläubiger überhaupt gelingt, das in die (über ein Treuhandunternehmen errichtete) Stiftung eingebrachte Vermögen des Schuldners in Erfahrung zu bringen (auf die fehlende Auskunftspflicht des Treuhandunternehmens bzw des allfälligen Auftragnehmers des Stifters im Mandatsverhältnis wurde schon hingewiesen), hat er verschiedene Hürden des liechtensteinischen Rechts der Gläubiger- und Konkursanfechtung zu überwinden. Anfechtungen wegen Schenkung (nach Art 560 PGR sind Stiftungen gleich einer Schenkung anfechtbar) und nach dem allgemeinen Anfechtungsanspruch nach Art 67 der Rechtssicherungsordnung (RSO) wegen Begünstigungsabsicht (Benachteiligungsabsicht) sind zwar möglich, werden aber oft an den kurzen gesetzlichen Fristen scheitern.» Man mag den Pauschalvorwurf der «Missbrauchsträchtigkeit» gegenüber einem Rechtsinstitut eines ausländischen Rechts in einem Urteil des Höchstgerichts als unpassend empfinden. Dies gilt umso mehr, als manche der vom OGH erwähnten Merkmale, wie etwa die durch den Vorbehalt von Gestaltungsrechten des Stifters hervorgerufene Durchbrechung des Erstarrungsprinzips, auch im österreichischen Privatstiftungsrecht verwirklicht sind. Gleichwohl müssen die Ausführungen des österreichischen OGH aus rechtspolitischer Perspektive ernst genommen werden, weil sie einen gewichtigen Indika-

tor für die Aussenwahrnehmung der liechtensteinischen Stiftung bilden.

Das neue Stiftungsrecht konnte und kann die Probleme der liechtensteinischen Stiftung nicht von einem Tag auf den anderen lösen. Dazu bedarf einer Veränderung der über Jahrzehnte gewachsenen Rechtskultur, die nur durch eine schrittweise Bewusstseinsänderung für die Bedürfnisse eines modernen Finanzplatzes erreicht werden kann. Das neue Stiftungsrecht weist den Weg dorthin. Die hauptsächliche Aufgabe zur Verwirklichung seiner Anliegen liegt bei der Rechtsprechung. Aber auch die Rechtsberater sollten sich ihrer Verantwortung bewusst sein, die sie für das langfristige Wohlergehen des Finanzplatzes Liechtenstein tragen. Nur durch die gemeinsamen Anstrengungen aller massgeblichen Akteure kann es gelingen, den Qualitätsgewinn des neuen Stiftungsrechts zu einem Reputationsgewinn für die Stiftung zu verwandeln. Erst dann wird die Stiftungsrechtsreform wirklich abgeschlossen sein.

⁴² Öst. OGH, 3 Ob 1/10h, PSR 2010/31; vgl. zu dieser Entscheidung *Zollner*, PSR 2010, 116 ff.; *König*, PSR 2010, 164 ff.

⁴³ Der OGH gründete seine Ausführungen vor allem auf *Bösch*, Stiftungsrecht; ferner *Jakob*, Stiftungsrecht, und *Hepberger*, Liechtensteinische Stiftung.

Literaturverzeichnis

- Attlmayr Martin, Rabanser Wolfgang*: Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (2008).
- Arnold, Nikolaus*: Privatstiftungsgesetz² (2007).
- Becker, Niels*: Auskunftsansprüche bei Pflichtteilsberechtigten gegenüber liechtensteinischen Stiftungen, ZEV 2009, 177.
- Bösch, Harald*: Liechtensteinisches Stiftungsrecht (2005).
- Büch, Markus*: Die wirksame Errichtung einer Stiftung liechtensteinischen Rechts, ZStV 2010, 176.
- Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991).
- v. *Cube, Nicolai*: Die liechtensteinische Stiftung im Visier der deutschen Rechtsprechung, NZG 2010, 17.
- Doralt, Peter; Nowotny, Christian; Kalss, Susanne*: Privatstiftungsgesetz (PSG) (1995).
- Fenyves, Attila*: Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis (1982).
- Fucik, Robert; Kloiber, Barbara*: Ausserstreitgesetz (2005).
- Hepberger, Rainer*: Die Liechtensteinische Stiftung – Unter besonderer Berücksichtigung der Rechte des Stifters nach deren Errichtung (2003).
- Kerres, Christoph; Proell, Florian*: Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, ecolex 2009, 321.
- Kletecka, Andreas; Schauer, Martin* (Hrsg.), ABGB-ON (2010; auch zugänglich über www.rdb.at).
- König, Bernhard*: Wissenszurechnung bei der Privatstiftung – Bemerkungen zur Entscheidung OGH 3 Ob 1/10h, PSR 2010/44, 164.
- Koziol, Helmut*: Österreichisches Haftpflichtrecht³ I (1997).
- Jakob, Dominique*: Ausgewählte Aspekte des neuen Stiftungsrechts aus rechtsvergleichender Perspektive, in: Hochschule Liechtenstein (Hrsg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (2008) 45.
- Jakob, Dominique*: Die Liechtensteinische Stiftung (2009).
- Lange, Knut Werner; Honzen, Johannes*: Erbfälle unter Einschaltung ausländischer Stiftungen – Gründungs- und Übertragungsakte im Fokus der jüngsten deutschen Zivilrechtsprechung, ZEV 2010, 228.
- Lennert, Philipp; Blum, Hans Christian*: Die weisungsgebundene Liechtensteinische Stiftung ein Vertrag zugunsten Dritter? Besprechung Urteil OLG Stuttgart vom 29. Juni 2009 (Az: 5 U 40/09), LJZ 2010, 28.
- Hochschule Liechtenstein, Institut für Finanzdienstleistungen (Hrsg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (2008).
- Müller, Erik; Bösch, Werner*: Liechtenstein, in Richter, *Andreas; Wachter, Thomas* (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts (2007).
- Öhri, Uwe*: Die Grundlagen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer AG, Anstalt und Stiftung betrauten Organe, LJZ 2007, 100.
- Rechberger, Walter* (Hrsg): Kommentar zum Ausserstreitgesetz (2006).
- Schauer, Martin*: Grundelemente des neuen liechtensteinischen Stiftungsrechts und die rechtsvergleichende Perspektive, in: Hochschule Liechtenstein (Hrsg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (2008) 7.
- Schauer, Martin* (Hrsg): Kurzkomentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht (2009).
- Schauer, Martin*: Der Schutz der Stifterinteressen im neuen Stiftungsrecht, LJZ 2009, 40.
- Schauer, Martin; Rick Marcus; Hammermann Bernd*: Aktuelle Probleme der Übergangsbestimmungen im neuen Stiftungsrecht, Liechtenstein Journal 2009, 51.
- Schauer, Martin*: Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, ZEuP 2010, 338.
- Schauer, Martin*: Vermögensplanung – das liechtensteinische Recht als Gestaltungsalternative, JEV 2010, 6.
- Schmidt, Karsten*: Gesellschaftsrecht⁴ (2002).
- Sprecher, Thomas; v. Salis, Ulysses*: Schweiz, in Richter, *Andreas; Wachter, Thomas* (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts (2007).
- Straube, Manfred* (Hrsg.): GmbHG (Loseblatt, 2010; auch zugänglich über www.rdb.at).
- Tschütscher, Klaus*: Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht – Entstehungsgeschichte und Gesamtüberblick, LJZ 2008, 79.
- Wagner, Jürgen*: Neues Stiftungsrecht in Liechtenstein, IWB 2009, F 9, Gr 3, S. 39.
- Zollner, Johannes*: Der Stifter in der Krise – Anfechtung von Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung durch Insolvenzverwalter und Gläubiger, PSR 2010/28, 166.
- Zwiefelhofer, Thomas*: Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, Der Schweizer Treuhänder 2009, 150.