# Foundation Governance und die "automatische" konzernweite Geltung von Zustimmungsvorbehalten bei einer Privatstiftung als Konzernspitze

1. Organisationsrechtliche Bestimmungen einer Stiftungsurkunde sind nach ihrem Wortlaut und Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang objektiv auszulegen (6 Ob 116/01 d ua). Zustimmungsvorbehalte des Beirats gehören zum organisationsrechtlichen Teil der Stiftungsurkunde. Dabei ist wegen möglicher Interessen Dritter einer am Wortlaut orientierten Auslegung der Vorrang einzuräumen. Zum organisationsrechtlichen Teil der Stiftungsurkunde gehören auch Zustimmungsvorbehalte des Beirats (für "Rechtsgeschäfte mit Mitgliedern des Vorstandes und deren Angehörigen"). Selbst bei weiter Auslegung des Wortlauts des Zustimmungsvorbehalts fal-

len somit (Verträge zwischen einem Angehörigen eines Stiftungsvorstandsmitglieds und einer Tochtergesellschaft der Stiftung) nicht darunter.

2. § 17 Abs 5 PSG ist weder direkt noch analog auf Verträge zwischen Tochtergesellschaften und Angehörigen von Mitgliedern des Stiftungsvorstands anzuwenden. Auch das GmbH-Recht gebietet nicht die analoge Anwendung des Zustimmungsvorbehalts auf die vorliegenden Verträge.

3. Der zu prüfende Zustimmungsvorbehalt beabsichtigt einen – über das objektive Recht hinausgehenden – Schutz der Stiftung vor Rechtsgeschäften, die für die Stiftung deshalb nachteilig sind, weil An-

\$ 17 Abs 5, \$ 21 Abs 4 PSG; \$ 28 BWG

OGH 27. 2. 2013, 6 Ob 135/12 i

2013/179

gehörigen von Stiftungsvorstandsmitgliedern ungerechtfertigte Vorteile eingeräumt werden. Die Gefahr eines solchen Nachteils für die Stiftung verwirklicht sich aber nicht nur bei direkten Geschäften von Angehörigen von Stiftungsvorstandsmitgliedern mit der Stiftung, sondern auch dann, wenn alle Rechte und Pflichten aus einem Rechtsgeschäft eines Angehörigen eines Stiftungsvorstandsmitglieds mit einem Dritten indirekt bzw mittelbar die Stiftung treffen.

4. Der Zustimmungsvorbehalt ist wegen seines Schutzzwecks als umgangene Norm anzusehen. Im Allgemeinen ist für den Tatbestand des Umgehungsgeschäfts eine Umgehungsabsicht nicht erforderlich (RIS-Justiz RS0016780 ua; gegenteilig - soweit ersichtlich - nur RS0018179). Es genügt, dass das Umgehungsgeschäft objektiv den Sinn und Zweck der umgangenen Norm vereitelt.

5. Die "umgangene Norm" – der Zustimmungsvorbehalt - ist auch auf das Umgehungsgeschäft anzuwenden, wenn sonst der Normzweck vereitelt würde. Die umgangene Norm wird in erweiterter

Auslegung oder analog angewendet.

6. Zustimmungsvorbehalte erstrecken sich nicht generell auf alle Vertragsgegenstände der Tochtergesellschaft. Jene Geschäfte, die eine - der Privatstiftung gem § 1 Abs 2 Z 1 PSG verbotene – gewerbsmäßige Tätigkeit darstellen, kann und muss die Tochtergesellschaft ausüben. Für solche Tätigkeiten der Tochtergesellschaft müsste sich die Privatstiftung auch an das Verbot der "straffen Konzernleitung" (6 Ob



## Systematisch praktisch!

2013. XII, 172 Seiten. Br. EUR 36,-ISBN 978-3-214-00681-5

Fida · Wrann · Zollner

## Privatstiftungsgesetz

Systematische Entscheidungssammlung

Die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten des öster. Privatstiftungsgesetzes sind verantwortlich für die große Attraktivität der österreichischen Privatstiftung, führten aber aufgrund von Rechtsunsicherheiten auch zu zahlreichen Entscheidungen.

- Überblick über die Entscheidungen des Höchstgerichts und der Oberlandesge-
- Hinweise auf widersprüchliche Judikate und obsolete Judikatur
- chronologische Entscheidungsübersicht

MANZ 2

217/05 p) halten (und der Beirat darf nicht mitentscheiden, Anm).

7. Gerichtliche Verfahren zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten mit dem Stiftungsprüfer gem § 21 Abs 4 PSG können insb auch zu Fragen der Auslegung der Stiftungserklärung eingeleitet werden, jedoch nur, wenn diese innerhalb von Gegenstand und Umfang der Abschlussprüfung liegen und Einfluss auf deren Verlauf sowie Ergebnis haben. Dass unterschiedliche Meinungen vom Stiftungsprüfer einerseits und Organen der Stiftung andererseits informell geäußert werden, ohne dass sich die Divergenz konkret auf die Prüfung auswirkt, genügt nicht. Liegt die Meinungsverschiedenheit außerhalb des Gegenstands und Umfangs der Prüfung (§ 21 Abs 1 PSG iVm § 269 Abs 1 UGB) oder bleibt sie ohne Einfluss auf deren Verlauf und Ergebnis, so besteht kein Anlass für eine Entscheidung durch das Gericht.

### Aus der Begründung:

(...) Der Zustimmungsvorbehalt nach § 8 Abs 2 lit g der Stiftungsurkunde habe § 28 Abs 1 BWG zum Vorbild, wonach ein Kreditinstitut Rechtsgeschäfte ua mit Angehörigen von Vorstandsmitgliedern "direkt oder indirekt" nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats oder eines sonstigen Aufsichtsorgans abschließen dürfe. (...) Dem ist zunächst zu entgegnen, dass dann, wenn § 28 BWG Vorbild für die gegenständliche Bestimmung der Stiftungsurkunde gewesen wäre, es leicht gewesen wäre, den Wortlaut von § 28 BWG in die Stiftungsurkunde aufzunehmen. Dass dies nicht geschehen ist, spricht gegen die Auslegung der Antragsgegnerin. (...)

Die "umgangene Norm" ist auch auf das Umgehungsgeschäft anzuwenden, wenn sonst der Normzweck vereitelt würde. Hiebei wird die umgangene Norm in erweiterter Auslegung oder analog angewendet (RIS-Justiz RS0016469 [T 8]). (...) Weiters ist zu bedenken, dass die Verträge zumindest im Ausmaß ihrer Konkretisierung in den festgestellten Tätigkeiten (...) wirtschaftlich und mittelbar auch juristisch (...) solche mit der Stiftung sind. Wenn sich aber die Stiftung bei nur formell fremden (der Tochtergesellschaft), materiell aber eigenen Geschäften die Zustimmung vorbehält, kann von einer der Privatstiftung verbotenen "straffen Konzernleitung" iS der E

6 Ob 217/05 p keine Rede sein. (...)

Die (...) vorgenommene rechtliche Beurteilung muss nicht auf alle (...) genannten Vertragsgegenstände zutreffen. Insbesondere die "Begleitung und Beratung bei der Vorbereitung von Konzerten und anderen Veranstaltungen sowie bei der Werbung für solche und bei der Durchführung" unterliegt nicht automatisch dem Zustimmungsvorbehalt. Die (nicht bloß einmalige, sondern dauerhaft beabsichtigte) Organisation von kulturellen Veranstaltungen (etwa in den stiftungseigenen Immobilien) könnte nämlich durchaus eine gewerbsmäßige Tätigkeit darstellen, die der Privatstiftung gem § 1 Abs 2 Z 1 PSG verboten ist, wenn es sich nicht nur um eine Nebentätigkeit handelt. Eine solche Tätigkeit könnte und müsste diesfalls die Tochtergesellschaft ausüben (Arnold, PSG<sup>2</sup> [2007] § 1 Rz 16). Dies wäre eine Tätigkeit der Tochtergesellschaft nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht und demgemäß auch keine Umgehung des Zustimmungsvorbehalts. Für solche Tätigkeiten der Tochtergesellschaft müsste sich die Privatstiftung auch an das Verbot der "straffen Konzernleitung" (6 Ob 217/05 p) halten. (...)

#### Anmerkung:

Der 6. Senat des OGH verunsichert mit der bespr E die Praxis, weil sie auf einem Widerspruch basiert, der dogmatisch nicht sauber zu lösen ist. Inhaltlich wich er von der bisherigen Lehre und Rsp ab, wonach einer am Wortlaut orientierten Auslegung der Stiftungsurkunde der Vorzug zu geben war; dabei hatte der OGH anfänglich noch erwogen, bspw § 28 BWG nicht zur Auslegung heranzuziehen, weil dessen Text nicht in die Stiftungsurkunde übernommen worden war. Im Ergebnis nahm er eine analoge Lückenfüllung vor, jedoch nur der Stiftungsurkunde und ausdrücklich nicht (auch) von § 17 Abs 5 PSG – der jedoch mE einen sehr vergleichbaren Zweck verfolgt. Vermutlich basiert das Ergebnis auf einer teleologischen Interpretation der Stiftungsurkunde (nicht jedoch des Gesetzes) oder einer Präsumtion des hypothetischen Stifterwillens; dieser Interpretationsschritt wird jedoch leider nicht, oder nur sehr kursorisch, be-

Für eine Füllung per analogiam wird üblicherweise erst einmal eine planwidrige Lücke benötigt; und erst wenn eine planwidrige Lücke gefüllt ist, kann sie eine allenfalls umgehungsfähige "Norm" darstellen. Ein Vorprozess bei derselben Stiftung hatte vor nicht einmal zwei Jahren noch das rk gegenteilige Ergebnis gebracht, dass nämlich genau derselbe statutarische Zustimmungsvorbehalt nicht auf Geschäfte der Stiftung mit Beiratsmitgliedern auszudehnen ist, weil keine Lücke vorliege (OLG Wien 28 R 98/11 d, Melicharek, PSR 2011, 104 ua).

Ein Rechtsgeschäft einer Tochtergesellschaft rechnete der OGH, zumindest was die Governance-Regeln betrifft, erstmals der Eigentümerstiftung zu, weil der zugrundliegende Vertrag "wirtschaftlich und mittelbar auch juristisch" als Vertrag mit der Stiftung anzusehen sei. Der Zustimmungsvorbehalt der Stiftungsurkunde komme auch für Verträge einer Tochtergesellschaft zur Anwendung, wenn diese Verträge in allen Rechten und Pflichten "indirekt bzw mittelbar die Stiftung betreffen". Es hatte in den Vorinstanzen übrigens keine Feststellungen zu der vom OGH vermutlich zugrunde gelegten Annahme gegeben, der Angehörige hätte Rechnung an die Tochtergesellschaft gelegt und diese wiederum diese Kosten 1:1 der Stiftung weiterverrechnet (tatsächlich war dem nicht so: Die Tochtergesellschaft verrechnete der Stiftung pauschal bestimmte marktübliche Prozentsätze vom Projektvolumen, der Angehörige rechnete per Stundenhonorar ab; der Tochtergesellschaft blieb ein wirtschaftlicher Erfolg übrig). Die Fremdüblichkeit, Wirtschaftlichkeit und Nützlichkeit des Vertrags der Tochtergesellschaft mit dem Ehegatten der Vorstandsvorsitzenden der Stiftung wurde nie kritisiert und war im gesamten Prozess unstrittig. Auch für Rechtsmissbrauch oder gar Kollusion sah der OGH keine Indizien.

Freilich lässt sich argumentieren, dass bspw Renovierungsarbeiten, die eine Tochtergesellschaft oder ein Dritter an Häusern einer Stiftung vornimmt, sich zumindest "indirekt bzw mittelbar" auf das Vermögen der Stiftung auswirken; als verlässliches Abgrenzungskri-

terium scheint mir dies jedoch nicht ganz tauglich (Herstellungs- oder Anschaffungsaufwand, der sich vorerst im Anlagevermögen der Tochtergesellschaft wiederfindet, wirkt ähnlich "indirekt bzw mittelbar" in das Vermögen von deren Eigentümerin). Dass ein Vertrag zwischen der Tochtergesellschaft und dem Angehörigen als "formell fremdes, materiell aber eigenes" Rechtsgeschäft der Stiftung gedeutet werden müsste, steht § 25 GmbHG mE entgegen: Stiftung und Tochter sind nicht wirtschaftlich ident und rechtlich sowieso nicht. Aus dem Argument, die Stiftung hätte einen Teil jener Tätigkeiten, die der Vertrag der Tochtergesellschaft umfasste, in Ansehung von § 1 Abs 2 Z 1 PSG (Verbot der gewerblichen Tätigkeit, Verwaltung des eigenen Vermögens ist gestattet; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 1 Rz 55) auch selbst ausüben dürfen, lässt sich mE keine Pflicht der Stiftung ableiten, solche Geschäfte ausschließlich selbst zu tätigen.

Die in der L zum AktG vertretene "Wesentlichkeitsgrenze", wonach (nur) Entscheidungen, die finanziell und strategisch von erheblicher Bedeutung für den Gesamtkonzern sind, durch Weisungen oder Geschäftsordnungen sowie allenfalls Änderungen der Gesellschaftsverträge der Töchter an die Konzernspitze herangetragen werden sollen (es sei die Pflicht/Obliegenheit des Konzernmutter-Außichtsrats und/oder des Konzernmutter-Vorstands, solche Regeln erst zu schaffen; Jordis in Kalss/Kunz, Handbuch für den Außichtsrat 9 [8]), erachtete der OGH bei der Privatstiftung offenbar nicht für relevant: Im Anlassfall war der Vertrag nicht generalversammlungspflichtig, wirtschaftlich relativ untergeordnet und weder für die Tochtergesellschaft noch für die Stiftung von wesentlicher wirtschaftlicher Bedeutung.

Insgesamt beurteilte der OGH das Verbot, einen analog ausgedehnten Zustimmungsvorbehalt zu "umgehen", höherrangiger als Organisationsnormen des Gesellschaftsrechts. Sollte der OGH bei dieser Linie bleiben, ist mE nicht auszuschließen, dass § 17 Abs 5 PSG (der einen sehr ähnlichen "Zustimmungsvorbehalt" für das Gericht enthält) ebenfalls nach dessen Schutzzweck ausdehnend (analog lückenfüllend) interpretiert wird. Bereits die vorliegende E kann erhebliche Auswirkungen auf die Praxis haben, in der es ein beobachtetes Phänomen ist (Lauss, Stiftungsjahrbuch 2010, 139), dass bspw Rechtsanwälte, die Mitglied eines Stiftungsvorstands sind, oft nicht (oder nicht nur) die Stiftung selbst, sondern auch die Beteiligungsgesellschaften der Privatstiftung vertreten (vgl nur 6 Ob 217/05 p RdW 2006, 90 uvam). Die besprochenen E zieht einigen Prüfungsund wohl auch Sanierungsbedarf bei wahrscheinlich nicht gerade wenigen Privatstiftungen nach sich. Neben dem eigenen Sorgfaltsmaßstab für ihre Handlungen, dem die Geschäftsführung von Tochtergesellschaften unterliegen, werden diese künftig ergänzend zu beurteilen haben, ob ein abzuschließendes Rechtsgeschäft auch von der Eigentümerstiftung abgeschlossen werden dürfte, sowie bejahendenfalls, ob der wirtschaftliche Erfolg des Rechtsgeschäfts sich (auch) bei der Stiftung zumindest mittelbar auswirken würde. Wenn beides zutrifft und wenn das Geschäft bei der Stiftung selbst einem Zustimmungsvorbehalt des Beirats/Aufsichtsrats unterliegen würde, so sollte nun wohl sicherheitshalber der Beirat oder Aufsichtsrat der Stiftung mit dem Rechtsgeschäft der Tochtergesellschaft befasst werden. Spannend wird

das Thema auch, wenn es nicht um "Angehörigengeschäfte", sondern um Wertgrenzen geht, die sich in vielen Stiftungsurkunden finden und wohl ebenfalls auf die Tochtergesellschaften zu überbinden sind. Gegen einen solchen ausgedehnten Zustimmungsvorbehalt abgeschlossene Rechtsgeschäfte der Tochtergesellschaft bleiben laut OGH aber immerhin gültig.

Am Rande hervorgehoben gehört auch noch die Ansicht des OGH, wonach Verfahren zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten nach § 21 Abs 4 PSG nur dann zur Verfügung stehen, wenn eine Beanstandung

Gegenstand des Prüfberichts war oder nachweislich zumindest in der Schlussbesprechung erhoben wurde. Der Stiftungsprüfer hat es also in der Hand zu entscheiden, welche Rechtsthemen die anderen Stiftungsorgane einer gerichtlichen Klärung unterziehen können und welche nicht, indem er diejenigen Kontroversen, zu denen er keine gerichtliche Zuständigkeit wünscht, einfach nur informell führt.

> Peter Melicharek (am Verfahren beteiligt)

Mag. Peter Melicharek ist Rechtsanwalt im Wiener Advocatur Bureau.