

Geschäftsunfähigkeit

Stiftungen

Kontoverträge

Neufassung der Brüssel I-VO
Wegfall des Exequatur

Begründung von
Aufgriffsrechten

Nur teilweise Anrechnung
Elternkarenzzeiten

Kapitaleinkünfte-Besteuerung
Zurechnung von Zinsen

Haftungsbefreiung bei
Umweltschäden

Beitreibungskostenpauschale, höhere Verzugszinsen
Zahlungsverzugs-RL

Geschäftsunfähigkeit von Stiftern

Meist werden Privatstiftungen zu einem Zeitpunkt gegründet, zu dem der Stifter noch bei vollen geistigen Kräften ist. Die Lebenserfahrung zeigt allerdings, dass dieser Zustand bis zum Tod eines Menschen üblicherweise nicht aufrecht bleibt. Die Verschlechterung des Geisteszustands bis hin zur Besachwalterung des Stifters wirft zahlreiche Fragen bei der Gestaltung der Stiftungsurkunden auf.

JOHANNES REICH-ROHRWIG / ALEXANDER R. P. BABINEK

A. Entwicklung der geistigen Fähigkeiten des Stifters

So banal es klingen mag: Jeder Mensch wird einmal sterben. Und vom Zustand der vollen Geschäftsfähigkeit bis zum Tod vollzieht sich üblicherweise ein Wandel, der bei vielen Menschen mit einer Verschlechterung des Geisteszustands verbunden ist. Ursachen können Unfälle, Krankheiten oder altersbedingte Erscheinungen sein. Nach Schätzung von Fachleuten sind im letzten Lebensjahr 10% bis 20%, im letzten Lebensmonat sogar 40% bis 60% der Menschen geschäftsunfähig.

Der sich verschlechternde Geisteszustand des Stifters und vor allem der Verlust der Zurechnungsfähigkeit kann in mehrfacher Hinsicht Auswirkungen auf die Verwaltung und eventuell sogar auf den Fortbestand der Stiftung haben: Hier ist zunächst an die Ausübung von Rechten zu denken, die dem Stifter in der Stiftungserklärung eingeräumt sind:¹⁾ Etwa das Recht, Mitglieder eines Organs der Stiftung zu bestellen oder abzurufen, selbst in einem Organ Mitglied zu sein oder Begünstigte festzustellen oder auf Zuwendungen der Stiftung Einfluss zu nehmen. Die Relevanz solcher Stifterrechte erkennt man daran, dass bei einer Vielzahl von Stiftungen einem weiteren Organ (vgl. § 14 Abs 2),²⁾ zB einem Beirat, weitreichende Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten eingeräumt werden.³⁾ Dies betrifft häufig – soweit gesetzlich zulässig⁴⁾ – die Kontrolle der operativen Geschäfte der Privatstiftung, wie die Veranlagung von Stiftungsvermögen oder die Ausübung von Gesellschafterrechten in Beteiligungsgesellschaften der Pri-

vatstiftung (Holding-Funktion). Die zulässige Reichweite solcher Gestaltungen war in der Vergangenheit

Univ.-Prof. Dr. *Johannes Reich-Rohrwig* ist RA in Wien (CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH) und lehrt an der Universität Wien Unternehmensrecht; Mag. Dr. *Alexander R. P. Babinek*, MBL, hat eine Dissertation zum Thema „Die kontrollierte Privatstiftung – Stiftungsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Einflussnahme“ verfasst und ist RAA dieser Kanzlei.

- 1) Auf die dem Stifter gesetzlich zustehenden Rechte, etwa das Recht auf Änderung und zum Widerruf der Stiftungserklärung vor Entstehen der Privatstiftung (§ 33 Abs 1 Halbsatz 1), das Recht, die ersten Mitglieder des Stiftungsvorstands bzw Aufsichtsrats zu bestellen (§ 15 Abs 4 sowie § 24 Abs 1), sowie das Recht auf Vorlage des Gründungsprüfungsberichts (§ 11 Abs 3 Satz 1) ist ergänzend hinzuweisen.
- 2) Paragrafenhinweise beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf das Privatstiftungsgesetz (PSG).
- 3) Schätzungsweise verfügt 1/3 der österreichischen Privatstiftungen über ein „weiteres Organ“, 20% haben zumindest die Möglichkeit vorgesehen, ein solches einzurichten (vgl. *Limberg*, Der Einfluss der Begünstigten im Lichte der jüngsten Judikatur, PSR 2010, 19 (20) FN 4; *Arnold*, Einschränkungen für Begünstigte, begünstigtendominierte Beiräte und Stifter, GesRZ 2009, 348, nach welchem sogar in ¾ aller Privatstiftungen die Möglichkeit besteht, ein solches Organ einzurichten. Mit dazwischenliegenden Zahlen *Schauer*, Urteils kommentierungen zu OGH 5. 8. 2009, 6 Ob 42/09 h und 16. 10. 2009, 6 Ob 145/09 f, liechtenstein-journal 4/2009, 133. Dass solche Beiräte nicht reine Zierde sind, sondern entsprechend funktional ausgestaltet werden, ist allgemein bekannt.
- 4) Vgl. *Arnold*, PSG² § 14 Rz 26 ff mit einer Übersicht der einzelnen Meinungsstände; ferner OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01 v RdW 2001/502, 406; zur geänderten Rechtslage durch das BBG 2011 vgl. *Hochedlinger*, Zur Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands im Lichte der PSG-Novelle BGBl I 2010/111, PSR 2011/16, 52 (54 f); krit. *Reich-Rohrwig*, Abberufung des Stiftungsvorstands nach der Novellierung des PSG durch das BBG 2011, ecolx 2011, 419 mit eingehender Begründung.

Gegenstand zahlreicher Diskussionen.⁵⁾ Die Rechtsfortbildung des OGH hat ihr Übriges dazu beigetragen.⁶⁾ Im Lichte des BBG 2011 ist es nun zu einer Klarstellung des Gesetzgebers gekommen. Begünstigten – und somit auch Stiftern – ist die Mitgliedschaft im Beirat nicht mehr per se verwehrt. Auch einem mehrheitlich mit Begünstigten besetzten Beirat können unter bestimmten Voraussetzungen Bestellungs- und Abberufungsrechte, Veto-, Zustimmungs- oder Weisungsrechte eingeräumt werden.⁷⁾

In der Mehrzahl der Fälle behält sich der Stifter einen wesentlichen bzw beherrschenden Einfluss⁸⁾ auf diese Gremien vor. Auf diese Weise kann er in weiterer Folge auch das Geschehen der Privatstiftung bestimmen, vorausgesetzt er ist geschäftsfähig. Die Geschäftsfähigkeit des Stifters erlangt besondere Bedeutung

- für die Änderung der Stiftungs- oder -zusatzurkunde, insb die Änderung der Begünstigtenstellung oder den Verzicht auf eine derartige künftige Änderung;
 - für den Widerruf der Privatstiftung;
 - für die Bestellung und/oder Abberufung von Organmitgliedern,
- sofern sich der Stifter diese Rechte vorbehalten hat („Gestaltungsrechte“).

Das Recht zur Änderung der Stiftungsurkunde ist deshalb von weitreichender Bedeutung, da der Stifter – ähnlich wie bei der Erbeseinsetzung in einem Testament – durch Änderung der Stiftungsurkunde bisher begünstigten Personen die Begünstigung entziehen und anderen Personen die Begünstigung einräumen kann; umgekehrt kann der Stifter durch nachträglichen Verzicht auf die Änderung der Stiftungsurkunde die zur Zeit vorhandenen oder vorgesehenen Begünstigten in ihrer Rechtsstellung „einzementieren“. Dies macht zugleich die Brisanz deutlich, die der Ausübung von Stifterrechten durch einen gerichtlich bestellten Sachwalter („SW“) zukommt: Denn ein SW kann unzweifelhaft ein einmal gültig errichtetes Testament gerade nicht mehr widerrufen und schon gar nicht neue Erben einsetzen. Aber nun zurück zur Stiftung:

In Hinblick auf die in der Praxis häufig vorbehaltenen Befugnisse zur Änderung der Stiftungsurkunde und/oder zum Widerruf der Stiftung trifft man in der Lebenswirklichkeit bei Stiftungen auf dieselben Konstellationen, wie sie iZm dem Erbrecht bekannt sind: Kinder, Ehegatten, Lebensgefährten, Freunde oder erbschleichende Verwandte wollen für die Gegenwart oder zumindest für die Zeit nach dem Tod des Stifters eine für sich möglichst günstige Vermögensposition erreichen. Die Methoden sind bekannt: etwa das Schüren von Emotionen, das Schlechtmachen anderer Familienangehöriger, das Unterdrücksetzen des Stifters – insbesondere wenn er in räumlicher Nähe wohnt oder auf Hilfestellungen oder Pflegeleistungen der betreffenden Person angewiesen ist –, bis hin zu (sanfter) Gewalt, Schlägen, Essensentzug usw.

Umgekehrt sehen sich Ehegatten oder Verwandte häufig veranlasst, die Besachwalterung des Stifters zu beantragen, um den Status quo zu wahren und dem Stifter durch die Besachwalterung die persönliche Verfügungsbefugnis und die persönliche Ausübung von Gestaltungsrechten zu nehmen.

Hat der Stifter einmal von seinen Rechten (insb dem Recht auf Änderung der Stiftungsurkunde; allenfalls auf Einsetzen des Begünstigten; Einsetzen der Mitglieder der Stelle, die die Begünstigten bestimmt) Gebrauch gemacht, kann sich auch nachträglich noch die Frage stellen, ob der Stifter zu diesem Zeitpunkt geschäftsfähig war, also die von ihm vorgenommene Verfügung überhaupt wirksam war.

Die Geschäftsfähigkeit des Stifters zum Zeitpunkt der Vornahme einer Verfügung (im extremsten Fall: Geschäftsfähigkeit bei Errichtung der Privatstiftung oder einer Zustiftung) ist daher von entscheidender Bedeutung für das weitere Schicksal des in der Stiftung vorhandenen Vermögens. Kein Wunder, dass es darüber zahlreiche Rechtsstreite gibt.

Derartige Konstellationen haben das österr HöchstG bereits mehrfach beschäftigt. So musste sich der OGH va mit der Frage der zulässigen Ausübung von Stifterrechten durch den SW des geschäftsunfähigen Stifters auseinandersetzen.⁹⁾ Die mittlerweile gelöste Grundsatzfrage, ob Gestaltungsrechte des Stifters, die aufgrund ihrer Höchstpersönlichkeit nicht übertragbar sind (§ 3 Abs 3), einer Ausübung durch einen SW zugänglich sind, hat der OGH bereits in 6 Ob 106/03 m mit überzeugenden Argumenten bejaht.¹⁰⁾ In 6 Ob 240/10 b stellte das HöchstG nunmehr klar, dass auch „sonstige dem Stifter zustehende“ Stifterrechte durch den SW des Stifters ausgeübt werden können und verneinte diesbezüglich auch eine pflegschaftsbehördliche Genehmigung der vom geschäftsunfähigen Stifter selbst gesetzten Rechts-handlungen.¹¹⁾ Zuletzt hatte der OGH in der E 6 Ob 195/10 k¹²⁾ den Themenbereich Stifter bzw SW vor Augen. Das HöchstG sprach aus, dass für die Bestellung eines Vorstands grds eine Mindestbestelldauer von drei Jahren gelte. Von dieser könne ausnahmsweise bei Bestellung eines einstweiligen SW abgewichen werden. Bisher nicht explizit behandelt wurde die Frage, ob der SW für den Zeitpunkt

5) Zu einer Übersicht der einzelnen Meinungsstände s *Arnold*, PSG² § 14 Rz 26 ff, § 15 Rz 120 ff mwN.

6) OGH 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97 x *ecolex* 1997, 941; 13. 3. 2008, 6 Ob 49/07 k sowie gleichlautend 6 Ob 50/07 g *GeRZ* 2008, 163 (*Arnold*) = *ecolex* 2008/344, 920; 5. 8. 2009, 6 Ob 42/09 h *PSR* 2009, 93 = *GeS* 2009, 300 (*Mager*) = *liechtenstein-journal* 2009, 129 (*Schauer*); 16. 10. 2009, 6 Ob 145/09 f *PSR* 2010/17, 99 (*krit Winner*) = *ZfS* 2009, 192 (*krit Lauß/Lang*) = *ecolex* 2010/20, 59 (*Reich-Rohrwig*).

7) Weiterführend *Reich-Rohrwig*, Abberufung des Stiftungsvorstandes nach der Novellierung des PSG durch das BBG 2011, *ecolex* 2011, 419.

8) *Babinek*, Die kontrollierte Privatstiftung – Stiftungsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Einflussnahme, *Diss Uni Wien* (2010) 235 ff; *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung aus dem Blickwinkel der Stiftungsbeteiligten (2011) 187 ff, 355 ff.

9) OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 106/03 m *GeS* 2003, 483 (Ausübung des Widerrufsrechts durch SW); 29. 4. 2004, 6 Ob 7/04 d *ecolex* 2004/413 (Ausübung des Änderungsrechts durch SW).

10) OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 106/03 m.

11) OGH 28. 1. 2011, 6 Ob 240/10 b *PSR* 2011/20, 84 (*Resch*) = *ecolex* 2011/277, 719; vgl hierzu bereits *Oberndorfer/Leitner*, Die Geschäftsunfähigkeit des Stifters aus dem Blickwinkel des Sachwalters und anderer Stiftungsorgane, *ZfS* 2010, 99.

12) OGH 24. 2. 2011, 6 Ob 195/10 k *ecolex* 2011/176, 429 (*Rizzi*).

nach dem Tod des Stifters auch uneingeschränkt eine Änderung der Begünstigten vornehmen darf.

B. Ausübung von Stifterrechten durch Sachwalter

1. Allgemeines

Mittlerweile ist anerkannt, dass der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit („GU“) des Stifters nicht zum automatischen Erlöschen seiner Gestaltungsrechte führt.¹³⁾ Der OGH hat sich dieser – von der überwiegenden L vertretenen – Ansicht in der E 6 Ob 106/03 m angeschlossen. Dennoch steht die Stiftungspraxis dem Einfluss stiftungsfremder Dritter äußerst skeptisch gegenüber. Auf den Fall der Errichtung eines Testaments übertragen, könnte das Agieren des SW nämlich de facto dieselben weitreichenden Folgen haben – etwa iZm der Bestellung oder Änderung der Begünstigtenstellung – wie die Errichtung des Testaments selbst: Und diese ist bekanntlich dem (späteren) Erblasser persönlich vorbehalten.

Stifter, Begünstigte und Vorstände empfinden die Bestellung eines SW oftmals als Fremdkörper und wollen dessen Einfluss möglichst ausschalten, einerseits weil sie Einfluss auf den entscheidungsberechtigten Stifter verlieren und es zu einer Verschiebung der stiftungsinternen Kräfteverhältnisse kommt. Andererseits lässt sich der SW häufig von ganz anderen Zielvorstellungen leiten, die nicht unbedingt mit der bisherigen Stiftungspolitik übereinstimmen. Ziel der Sachwalterschaft ist es, das Wohl der betroffenen Person zu fördern und zu sichern (§ 275 Abs 1 Satz 2 ABGB).¹⁴⁾ Die Interessen des Besachwalteten sind dabei umfassend und frei von Einflüssen nahestehender Personen sicherzustellen. Interessen der Stiftung treten demgegenüber in den Hintergrund oder sind gänzlich unbeachtlich. Der SW ist zwar verpflichtet, eine Verbesserung der Vermögenslage herbeizuführen (§ 281 Abs 1 ABGB), wenn dazu die Möglichkeit besteht,¹⁵⁾ höchstpersönliche Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit gehen Vermögensgütern jedoch vor.¹⁶⁾ Maßgebend ist damit einzig das Wohl des Besachwalteten.¹⁷⁾ Dies kann zur mitunter paradoxen Situation führen, dass das Lebenswerk des Stifters noch vor dessen Tod im Zuge der Sachwalterschaft beschnitten oder sogar zerstört wird. Bestes Beispiel ist der Fall Rosa S. Privatstiftung:¹⁸⁾ Dort wurde die Stifterin in späteren Jahren geschäftsunfähig. Die zum Zwecke der Förderung von Kranken, Kindern und Behinderten großzügig dotierte Stiftung wurde vom SW widerrufen, um der Stifterin eine großzügige Pflege bis an ihr Lebensende zukommen zu lassen.

Dagegen ist uE nichts einzuwenden. Über die eigentliche Funktion des SW würde es aber hinausgehen, wenn der SW für die Zeit nach dem Tod des Stifters die von diesem vorgesehene Begünstigtenordnung – abgesehen von Fällen des groben Undankes iSd § 948 ABGB, sofern der Stifter nicht verziehen hat – verändert.

Aber auch die Auflösung der Privatstiftung kann in einem solchen Fall unerwünscht sein. Etwa dann, wenn die Stiftung zum Zwecke einer vorweggenommenen Erbfolge errichtet und eventuell deshalb auch

ein Pflichtteilsverzicht abgegeben wurde.¹⁹⁾ Gerade in einem solchen Fall wird nämlich die Enterbung erbberechtigter Verwandter durch eine vorzeitige Auflösung der Stiftung erheblich konterkariert.

Zuletzt soll auch nicht übersehen werden, dass durch die Auswahl der Person des SW Einfluss auf seine Entscheidungen genommen werden kann. Gelingt es einer Seite, eine nahestehende Person dem Gericht als SW vorzuschlagen, so kann es bei der weiteren Gestion der Stiftung zur Bevorzugung einzelner Personen bzw Familienstämme kommen.

Auf diese Probleme geht die Kautelarpraxis eher selten ein. In den Stiftungsurkunden finden sich überwiegend keine Regelungen, welche die Ausübung von Stifterrechten an das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit binden. Sind solche vorhanden, sind sie meist unzureichend. Uns erscheinen hier zwei Punkte hervorhebenswert:

- Bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Stifters kann die Stiftungserklärung entweder einen *gänzlichen* oder *vorübergehenden* Entzug von Gestaltungs- oder allen Stifterrechten vorsehen;
- ferner kann die Stiftungserklärung konkrete Kriterien festsetzen, anhand derer der Eintritt der GU (oder sonst das Ruhen oder Erlöschen der Stifterrechte) festzumachen ist.

2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten

Grds ist es zulässig, dass sich der Stifter Gestaltungsrechte oder sonstige Mitwirkungsmöglichkeiten nur für die Dauer seiner Geschäftsfähigkeit vorbehält.²⁰⁾ Schließlich könnte er sogar gänzlich darauf verzichten. Häufig sehen Stiftungserklärungen vor, dass bei Eintritt der GU die Stifterrechte generell entzogen werden (erlöschen), um ein Mitwirken des „stiftungsfremden“ SW an der Gestion der Stiftung zu verhindern.

In der Vertragspraxis werden häufig Formulierungen gewählt, wonach bei Eintritt der GU die Stifterrechte in höchst möglichem Ausmaß erlöschen. Bei gestaffelten Stifterrechten in Familienstiftungen, an deren Gründung die Eltern- und Kindergeneration

13) Vgl *Ofner*, Widerruf einer Privatstiftung durch den Sachwalter des Stifters, NZ 2001, 270 ff; *G. Nowotny*, Die Anforderungen an die Stiftungsurkunde aus dem Blickwinkel des Firmenbuchgerichts, in *Gasser/Göthl/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen, Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000) 152; *Arnold*, PSG² § 3 Rz 44, § 33 Rz 38; *ders.*, Ausübung der Gestaltungsrechte eines Stifters durch seinen Sachwalter, GeS 2003, 479 ff; OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 106/03 m.

14) Vgl *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts (2010) 85 ff.

15) OGH 17. 3. 2004, 7 Ob 11/04 z ecolex 2004/324, 704 (Antrag auf Waisenrente).

16) So auch *Schauer*, 20 Jahre Sachwalterschaft, Sinn, Zweck und Alternativen, RZ 2004, 206 (207).

17) Dabei ist auf die Befindlichkeit und den psychischen Zustand des Betroffenen abzustellen. Weiterführend *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts 85 FN 294 mwN.

18) Vgl OGH 15. 7. 1999, 6 Ob 74/99 x (Abberufung eines Vorstandsmitglieds aus wichtigem Grund wegen GU), sowie 11. 9. 2003, 6 Ob 106/03 m (Ausübung des Widerrufsrechts durch SW).

19) Zum synallagmatischen Zusammenhang vgl OGH 21. 12. 2010, 8 Ob 13/10 k ecolex 2011/278, 719.

20) Vgl *Arnold*, PSG² § 33 Rz 39, 40; *Keller*, Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht (2006) 68.

als Mitstifter mitwirken, wird häufig ein genereller Entzug von Stifterrechten angeordnet, etwa dahingehend, dass „bei Ableben, Geschäftsunfähigkeit, Verschollen- oder Toterklärung eines Stifters (der Elterngeneration)“ die Stifterrechte nunmehr von der nächsten Stiftergeneration ausgeübt werden.

Befindet sich der Stifter bereits in fortgeschrittenem Alter, wird eine solche Regelung durchaus Sinn machen. Die nächste Stiftergeneration übernimmt das Zepter, eine Versteinerung der Stiftungsstruktur wird vermieden.

Erfahrungswerte zeigen, dass bei altersbedingten Fällen der GU mit einer Rekonvaleszenz nur selten zu rechnen ist. Anderes gilt für den Fall des Eintritts der GU bei jüngeren Stiftern, etwa durch psychische Erkrankung oder als Folge eines Unfalls. Liegt der Stifter infolge eines Autounfalls im Koma bzw erleidet ein Schädel-Hirn-Trauma, ist damit nicht automatisch auf lebenslange GU zu schließen. Durch den *endgültigen* Entzug von Stifterrechten würde dem Stifter aber oftmals voreilig sein vermögensrechtliches Gestaltungs- und Partizipationsinteresse genommen. Deshalb ist die Regelung eines „Ruhens“ der Stifterrechte sinnvoller. UE wäre aber auch ohne eine derartige Regelung die Stiftungsurkunde iS ergänzender Vertragsauslegung dahin auszulegen, dass bei Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit die Stifterrechte wieder aufleben. IZw will sich der Stifter eher die geringere als die größere Last auferlegen.

Eine andere Regelungsmöglichkeit besteht darin, die Rechte und Interessen des Stifters – soweit übertragbar – einem Beirat oder einem sonstigem Dritten einzuräumen.

C. Geschäftsunfähigkeit als latentes Problem

Oftmals besteht Unsicherheit und Ungewissheit, wann nun die GU des Stifters (oder sonstiger Personen, die in der Stiftung Organfunktion haben) eingetreten ist. Um Streitigkeiten zu vermeiden, könnte die Stiftungsurkunde für alle Beteiligten bindend regeln, wann die GU als eingetreten gilt. So sieht die Kautelarpraxis die Enthebung von Beirats- oder Vorstandsmitgliedern und die Bestellung eines Ersatzmitglieds oder den Verlust (Ruhe) der Stifterrechte vor, wenn

- ein oder mehrere ärztliche Gutachten voneinander unabhängiger und in Fachkreisen anerkannter Ärzte die GU feststellen;²¹⁾
- das zuständige Gericht für die betreffende Person einen SW für die Ausübung von Stifterrechten und/oder die Ausübung von Vermögensangelegenheiten bestellt;
- ein in der Stiftungsurkunde vorgesehenes Schiedsgutachten eingeholt wird, das auf GU erkennt oder wenn die GU in einem Schiedsverfahren festgestellt wird (Feststellungsklage gegen die Privatstiftung bzw die Privatstiftung gegen den betroffenen Stifter oder Organmitglied).

1. Schiedsfähigkeit

Das Gesetz lässt die Frage, ob Streitigkeiten in der Stiftung objektiv schiedsfähig sind, offen. Zur gleich-

falls nicht explizit geregelten Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten besteht mittlerweile gesicherte Rsp,²²⁾ die dies bejaht. Für die österr Privatstiftung ist diese Frage bisher nicht näher erörtert worden. Zu prüfen ist, ob für nachstehende Konstellationen eine Schieds(gutachtens)klausel wirksam vereinbart werden kann:

- für Streitigkeiten zwischen Mitstiftern untereinander;
- für Streitigkeiten von Stiftern gegenüber dem Vorstand (oder vice versa);
- für Streitigkeiten eines Stifters als Mitglied in einem Organ der Stiftung (zB Vorstand oder Beirat).

Grds anerkannt ist, dass Schiedsklauseln in Stiftungserklärungen aufgenommen werden können, sofern dadurch nicht in zwingende Zuständigkeiten des Firmenbuchgerichts oder in jene der Außerstreitgerichte eingegriffen wird.²³⁾ Für Streitigkeiten, die an und für sich im Zivilprozess zu entscheiden wären, kann folglich ein Schiedsgutachten bzw Schiedsgericht vereinbart werden. Dies trifft etwa für Klagen auf Feststellung der Unwirksamkeit von Beschlüssen eines Stiftungsorgans zu,²⁴⁾ ferner für Klagen auf Unterlassung der Ausübung von Gestaltungsrechten oder der Mitwirkung an der Ausübung oder Vornahme derselben.

Gewisse Beschlüsse sind primär vom FB-Gericht zu prüfen: Dies gilt etwa für die Frage, ob ein wirksamer Auflösungsbeschluss gefasst wurde (§ 35 Abs 3)²⁵⁾ oder der Stifter die Stiftung wirksam widerrufen hat, was wohl seine Geschäftsfähigkeit voraussetzt, also bei seiner GU zu verneinen wäre. Für die Überprüfung des Widerrufs der Stiftung sieht das

21) Nach der Rsp beschreibt das ärztliche Gutachten nur den psychischen Zustand bzw die geistigen Fähigkeiten der Person; bei der Schlussfolgerung, ob auf Basis dieses durch Sachverständige festgestellten Sachverhalts eine Person geschäftsunfähig ist, handelt es sich um eine Rechtsfrage (OGH 1. 12. 1999, 9 ObA 284/99a; RIS-Justiz RS0014641). Auch ein Schiedsgutachter ist grds nur berechtigt, Tatsachen festzustellen – die Subsumtion eines Sachverhalts unter eine Rechtsnorm und die Rechtsfolgenableitung ist ihm verwehrt (eine Ausnahme besteht lediglich bei rechtsgestaltenden Schiedsgutachten vgl OGH 17. 8. 2001, 1 Ob 300/00 z; 27. 2. 1985, 1 Ob 504/85; RIS-Justiz RS0045210; RS0104298; zur dt Rechtslage vgl *Geimer in Zöller, Zivilprozessordnung*²⁴ [2004] § 1029 Rz 4 mwN). Dennoch wird eine derartige Regelung in der Stiftungsurkunde zwanglos dahin verstanden werden können, dass hier dem Arzt auch die rechtliche Schlussfolgerung, ob GU vorliegt oder nicht, zulässigerweise eingeräumt wird. Letztlich handelt es sich zwischen Schiedsgutachten und Schiedsvereinbarung nur um eine Abgrenzungsfrage, die im Einzelfall durch Auslegung zu gewinnen ist. Auch ist allgemein bekannt, dass die Unterscheidung zwischen Schiedsgutachten und Schiedsvertrag oftmals eine fließende ist (zu einer Abgrenzung vgl *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 ZPO § 581 Rz 151); dies ändert uE jedoch nichts daran, dass ein Arzt bei in der Stiftungsurkunde wirksam vereinbarter Schieds(gutachter)klausel auch über die rechtliche Schlussfolgerung absprechen kann.

22) OGH 29. 6. 2006, 6 Ob 145/06 a; 10. 12. 1998, 7 Ob 221/98 w; vgl auch *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 42 Rz 6.

23) Vgl *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 ZPO § 581 Rz 301 ff; *Ballon in Fasching/Konecny*² I/2 JN § 1 Rz 151; *Arnold, PSG*² § 40 Rz 4 mwN; *Riel in Doralt/Nowotny/Kals, PSG* § 40 Rz 2; *Horvath, Streitschlichtungsmechanismen in der Stiftung – Überlegungen zur Schiedsgerichtsbarkeit, in Eiselsberg, JB Stiftungsrecht 2008 132.*

24) *Arnold, PSG*² § 40 Rz 4 mwN; *Horvath in Eiselsberg, JB Stiftungsrecht 2008, 132.*

25) Vgl OGH 20. 6. 2002, 6 Ob 120/02 v.

PSG explizit das Verfahren in Außerstreitsachen vor.²⁶⁾ Anderes gilt für die zulässige Änderung der Stiftungserklärung. Hier fehlt es an einer expliziten Verfahrensordnung im Gesetz. Das PSG sieht lediglich für die Eintragung von Änderungen der Stiftungs(zusatz)urkunde die Anwendung des FBG vor. UE müsste es daher – abgesehen von jenen Fällen, in denen schon das FB-Gericht im Verfahren über die Eintragung Bedenken an der Geschäftsfähigkeit hatte und diese deshalb einer Überprüfung unterzieht – durchaus möglich sein, in einem Feststellungsprozess nachträglich zu klären, ob der Stifter bei Abgabe der Änderungserklärung geschäftsfähig war.

Tatsächlich ergibt sich bereits aus § 1 JN,²⁷⁾ dass Angelegenheiten, die vom FB-Gericht im Außerstreitverfahren zu lösen sind, nicht der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden können.²⁸⁾ Dennoch kann eine der außerstreitigen Gerichtsbarkeit zugewiesene Rechtsstreitigkeit dann wirksam Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein, wenn sich die Parteien in diesem Verfahren in gleicher Position gegenüberstehen und vom Gesetzgeber nur aus rechtspolitischen Erwägungen das Verfahren in Außerstreitsachen gewählt wurde.²⁹⁾ Vorausschauend weist der OGH in seiner E 6 Ob 16/84³⁰⁾ darauf hin, dass es mitunter nicht leicht sein wird, jene Streitsachen von den außerstreitigen Angelegenheiten, die nicht schiedsfähig sind, einwandfrei abzugrenzen. Es kommt sohin darauf an, ob die Parteien berechtigt sind, über den Streitgegenstand zu verfügen und Vergleiche abzuschließen.³¹⁾ Unzulässig sind Schiedsklauseln über Gegenstände des Verfahrens außer Streitsachen dann, wenn das öffentliche Interesse einer amtswegigen Verfahrenseinleitung oder amtswegigen Beteiligung eines Vertreters entgegensteht, ferner die E eine qualifizierte Form staatlichen Rechtsschutzes darstellt. Angesprochen sind mit Letzterem alle Grundbuchs- und Registerverfahren.³²⁾

Das ist allerdings zu relativieren: Dort wo eine Eintragung im FB nur deklarativ – bloß rechtsbezeugend – wirkt, ist der Nachweis eines anderen Sachverhalts – nötigenfalls durch Zivilprozess oder Schiedsgerichtsverfahren – zulässig. Daher werden alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, sofern dafür das FB-Gericht nicht eine ausschließliche Kompetenz hat, iS der Generalklausel des § 1 AußStrG für den Zivilprozess und somit auch für das Schiedsverfahren zugänglich sein. Auch wenn es dabei um die Geschäftsfähigkeit bzw den Eintritt der GU als essentielle Frage geht, ist diese doch nur Vorfrage für das Bestehen oder Nichtbestehen eines bürgerlich rechtlichen Rechts, nämlich als Stifter oder als Organmitglied.

Es gibt auch die Fälle, in denen trotz Zuständigkeit des FB-Gerichts (etwa bei konstitutiv wirkender Bewilligung der Eintragung einer Satzungsänderung) dieses an die E des Prozessgerichts gebunden ist und eine vom FB-Gericht bewilligte Eintragung (trotz ihrer konstitutiven Wirkung) durch eine E des Prozessgerichts (etwa mit dem Inhalt, dass Stimmen der Gesellschafter nicht wirksam abgegeben wurden oder inhaltliche Rechtswidrigkeit eines Gesellschafterbeschlusses vorliegt) gebunden ist und eine bereits erfolgte Eintragung zu löschen hat. Diese Kategorie muss es uE auch im Stiftungsrecht geben, sodass ein

nem Urteil/Schiedsspruch, worin eine Handlung des Stifters oder Organs als wirksam oder wegen GU unwirksam festgestellt wird, Vorrang- und Bindungswirkung auch für das FB-Gericht zukommt.

2. Unterliegt die GU als Vorfrage zwingend dem Außerstreitrecht?

Auf den ersten Blick ist man geneigt, die Frage der Geschäftsfähigkeit als Personenstandssache anzusehen;³³⁾ in Wahrheit trifft dies aber nicht zu.³⁴⁾ Die Bestellung eines SW setzt zwar in manchen Fällen GU voraus, sie dient aber der Fürsorge für die betreffende Person. Ob in einem bestimmten Zeitpunkt vor Bestellung des (vorläufigen) SW Geschäftsfähigkeit gegeben war, wird dadurch nicht bindend ausgesprochen. Diese Frage bleibt daher nach wie vor eine von jedem Gericht oder jeder Verwaltungsbehörde selbständig zu lösende Vorfrage, wenn es um die Ausübung von Rechten eines Stifters oder Organwalters geht. Gewiss kann ein Schiedsgericht für den Stifter keinen SW bestellen, es kann aber zum Schluss kommen, dass vor gerichtlicher Bestellung eines SW Geschäftsfähigkeit gegeben oder nicht gegeben war. Umgekehrt wird ein Schiedsgericht nicht die Tatsache der

26) Arg „Der Stiftungsvorstand hat einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen, sobald ihm ein zulässiger Widerruf des Stifters zugegangen ist.“ § 35 Abs 3 iVm § 40; OGH 20. 6. 2002, 6 Ob 120/02 v.

27) *Ballon* in *Fasching/Konecny*² I/2 JN § 1 Rz 38, 151.

28) Seit dem SchiedsRÄG 2006 ist die Unterscheidung zwischen streitigen und außerstreitigen Verfahren nur mehr bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten relevant; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 ZPO § 582 Rz 38.

29) OGH 6. 9. 1984, 6 Ob 16/84 SZ 57/136 (zur Schiedsfähigkeit von Einsichtsrechten eines Kommanditisten); *Ballon* in *Fasching/Konecny*² I/2 JN § 1 Rz 36 mwN; *Arnold*, PSG² § 40 Rz 4 mwN; *Horvath* in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht 2008, 132.

30) OGH 6. 9. 1984, 6 Ob 16/84.

31) OGH 6. 9. 1984, 6 Ob 16/84; 29. 4. 2003, 1 Ob 22/03 x ecolex 2003/341, 844 (zur FB-rechtlichen Anmeldepflicht von Gesellschaftern einer OG im Zuge deren Auflösung).

32) OGH 6. 9. 1984, 6 Ob 16/84 SZ 57/136; 29. 4. 2003, 1 Ob 22/03 x ecolex 2003/341, 844 mwN; vgl auch *Bachhausen*, Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts (1990) 112 f.

33) Vgl *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO³ § 582 Rz 4; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 ZPO § 582 Rz 51, wonach familienrechtliche Angelegenheiten generell nicht schiedsfähig sind.

34) Auch dogmatische Überlegen scheinen *prima vista* eher gegen als für die Schiedsfähigkeit zu sprechen: so unterliegen Nichtigkeits- und Wiederaufnahmeklage (§ 529 f ZPO) nicht der Schiedsgerichtsbarkeit (*Bachhausen*, Schiedsgerichtsbarkeit 113; *Zeiler*, Schiedsverfahren (2006) § 582 Rz 15 unter Verweis auf die dt Lehrmeinung). Begründet wird dies damit, dass in solchen Fällen die Rechtskraft einer E grundsätzlich der Parteiendisposition entzogen ist. Führt nun eine derart essentielle Eigenschaft wie die Geschäfts- bzw Prozessfähigkeit zur Rechtskraftdurchbrechung infolge Erhebung einer Nichtigkeitsklage (§ 529 ZPO), kann eine qua Schiedsspruch oder Schiedsgutachten ausgesprochene Feststellung über die GU keine rechtlich bindende Wirkung gegenüber einem Gericht entfalten. Damit korreliert wiederum § 611 ZPO, welcher die Aufhebung eines Schiedsspruchs vorsieht, wenn einer Partei kein ausreichendes rechtliches Gehör zukommt (*Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 ZPO § 611 Rz 114). Dennoch können diese durchaus gewichtigen Argumente nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch einem Schiedsgericht bei wirksam vereinbarter Schiedsklausel generell die Kompetenz zusteht, im Rahmen des Schiedsverfahrens über die Prozessfähigkeit eines Verfahrensbeteiligten als prozessuale Vorfrage abzusprechen zu können.

Sachwalterbestellung und die damit einhergehenden Rechtsfolgen (das sind: Beschränkung der Geschäftsfähigkeit; innerhalb des Wirkungsbereichs des SW keine rechtsgeschäftliche Dispositionsmöglichkeit,³⁵⁾ sondern Vertretung durch den SW;³⁶⁾ eingeschränkte Testierfähigkeit³⁷⁾ negieren können.

Fraglich bleibt natürlich der Wert eines Schiedsspruchs in einem Verfahren, in dem der Stifter selbst Prozesspartei ist und das (noch) die Geschäftsfähigkeit ausspricht, wenn die betreffende Person bzw deren SW oder Erben in einem späteren Nichtigkeitsprozess (§§ 529 ff ZPO) die fehlende Geschäftsfähigkeit und daher die nicht gehörige Vertretung des Stifters in dem zugrundeliegenden Verfahren zum Gegenstand der gerichtlichen E macht. Und bedenkt man, dass für diese Klage ausschließlich das staatliche Gericht zuständig ist, kann sich letztlich doch erge-

35) Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, die geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens betreffen (§ 151 Abs 3 ABGB).

36) Dennoch abgeschlossene Geschäfte sind schwebend unwirksam (§ 865 Satz 2 ABGB).

37) Die Testierfähigkeit bleibt zwar trotz Sachwalterschaft bestehen, der Beschwaltete kann jedoch nur mündlich vor Gericht oder einem Notar testieren (§ 568 Satz 1 ABGB).

ben, dass der Schiedsspruch des Schiedsgerichts keinen Bestand hat, weil das staatliche Gericht GU annimmt. Ungeachtet dessen wird der Vorstand der Privatstiftung, der unter Berücksichtigung des Schiedsspruchs den Handlungsanweisungen eines solcherart „geschäftsfähigen Stifters“ folgt und etwa die Anmeldung einer Änderung der Stiftungserklärung zum FB vornimmt, wohl exkulpiert.

SCHLUSSSTRICH

Der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Stifters löst regelmäßig vielfältige Fragen aus. Will man die Ausübung von Stifterrechten durch einen gerichtlich bestellten Sachwalter vermeiden, empfiehlt sich eine explizite Einschränkung in der Stiftungsurkunde. Dass Rechts-handlungen des Stifters mit der Behauptung der Geschäftsunfähigkeit bekämpft werden, lässt sich nicht wirklich vermeiden. Um ein gewisses Maß an Rechtssicherheit (iS einer Exkulpierung) für die Stiftungsorgane zu erreichen, kann in der Stiftungsurkunde ein Schiedsgutachterverfahren vereinbart werden.