

Zeitschrift für

EHE- UND FAMILIENRECHT

EF-Z

Mit
Serviceheft
2010!

Redaktion Edwin Gitschthaler
Constanze Fischer-Czermak
Johann Höllwerth

Jänner 2011

01

1 – 40

Beiträge

Der Minderjährige als Stifter

Katharina Müller und René Saurer ↻ 9

**Ehewohnung im Todesfall: Das Spannungsverhältnis zwischen
schlichtem Miteigentum und Wohnrecht nach § 758 ABGB**

Wojciech Jaksch-Ratajczak ↻ 4

Umgang mit Beweisschwierigkeiten im Unterhaltsverfahren (Teil II)

Jürgen C.T. Rassi ↻ 14

Rechtsprechung

Ab wann zweifelt ein vernünftiger Mann an seiner Vaterschaft? ↻ 18

Kindesfoto – Informationsrecht des Vaters ↻ 20

Kein Ausstattungsanspruch des toten Kindes ↻ 28

**Sorgerecht in der Krise – oder: manche Väter sind
gleicher als andere** ↻ 34

Checkliste

Kindesentführungsfälle nach HKÜ und Brüssel II a-VO *Robert Fucik* ↻ 37

Der Minderjährige als Stifter

Die minderjährigen Nachkommen als Teil der Familienstiftung

Bei den Diskussionen, die derzeit um die Privatstiftungen geführt werden, tritt ein wesentlicher Vorzug der Privatstiftung in den Hintergrund: die Privatstiftung als Instrument der Nachlassplanung. Die Autoren heben in ihrem Beitrag diesen Vorzug der Privatstiftung hervor und stellen die wichtigsten Aspekte bei der Errichtung der Stiftung sowie der Ausübung der Stifterrechte durch Minderjährige dar.

Von Katharina Müller und René Saurer

A. Einleitung

Die optimale Vermögensgestaltung („estate planning“) für die Zeit nach dem Tod stellt eines der zentralen Motive dar, eine Stiftung zu errichten.¹⁾ Die sog Familienstiftungen haben den Zweck, das Vermögen für die Nachkommen zu erhalten. Das Vermögen (etwa eine Unternehmensbeteiligung) wird der Stiftung gewidmet; die Nachkommen werden aus dem der Stiftung gewidmeten Vermögen versorgt; sie sind somit Begünstigte der Stiftung. Das verhindert einerseits den (alleinigen) Zugriff der Nachkommen auf das Vermögen sowie andererseits die Vermögenszersplitterung. Für Unternehmer, die ihr Unternehmen langfristig für die Familie erhalten wollen, ist die Privatstiftung daher nach wie vor attraktiv. Dies gilt umso mehr für den nicht seltenen Fall, dass der Unternehmer noch mj Kinder hat. Der direkte Übergang von Geschäftsanteilen auf einen mj Erben hat die Konsequenz, dass bestimmte Entscheidungen der Gesellschafter nicht ohne Zustimmung des PflegschaftsG getroffen werden können. Dieses Ergebnis kann durch die Übertragung von Geschäftsanteilen an eine Privatstiftung vermieden werden.²⁾

Hat sich der Stifter entschieden, eine Stiftung zu errichten, stellt sich häufig die Frage, wie den (auch mj) Nachkommen der Stiftung ein gewisser Einfluss auf die Stiftung gewahrt werden kann. Die Stifterrechte erlöschen grundsätzlich mit dem Tod des Stifters. Als Begünstigte haben die Nachkommen nach dem Grundkonzept des PSG³⁾ nur wenige Rechte; das Recht, die Stiftung zu ändern, haben sie vor allem nicht. Die Möglichkeit, die Stifterstellung nachträglich zu begründen, besteht ebenfalls nicht.⁴⁾

In der Praxis haben sich insb drei Gestaltungsmöglichkeiten entwickelt, wie den Nachkommen auch nach Ableben des Stifters ein gewisser Einfluss auf die Stiftung gewahrt werden kann:

→ Die Errichtung einer Kapitalgesellschaft, die als Mitstifter neben dem Unternehmer auftritt und die die

EF-Z 2011/3

§ 3 PSG;
§§ 151 ff, 865, 271
ABGB

Minderjähriger
Stifter;
Privatstiftung;
Familienstiftung

1) *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 7/30.

2) *Hochedlinger*, „Einbringung“ von Geschäftsanteilen in eine Privatstiftung, SWK 2004, 179.

3) Privatstiftungsgesetz BGBl 1993/694.

4) *Kalss*, Grenzen der Einflussnahme von Begünstigten in der Privatstiftung, JEV 2008, 48.

Stifterrechte insb nach dem Ableben des Hauptstifters ausübt, wobei die Nachkommen Gesellschafter der Kapitalgesellschaft sind;

- die Begründung von Rechten der Begünstigten in der Stiftungserklärung, etwa durch Einrichtung eines Begünstigtenbeirats;
- die Errichtung der Stiftung zusammen mit den (mj) Nachkommen.

Alle diese Varianten haben Vor- und Nachteile. Der Kapitalgesellschaft darf etwa das Widerrufsrecht nicht vorbehalten werden. Den Begünstigten darf – sofern sie nicht Stifter sind – weder das Widerrufs- noch das Änderungsrecht vorbehalten werden. Der Nachteil der Errichtung einer Stiftung mit einem Mj besteht insb in der Tatsache, dass Mj nur beschränkt geschäftsfähig sind, mit all den sich daraus ergebenden Problemen.

- Gegenstand dieses Beitrags ist die Darstellung der Errichtung einer Stiftung mit mj Stiftern. Wie die Autoren zeigen werden, ist es durchaus möglich, dass auch Mj als Stifter fungieren. Die Einbindung von Mj in die Foundation Governance sollte dabei aber gut überlegt und sorgfältig gestaltet sein.

B. Der Minderjährige als Stifter

1. Allgemeines

Nach den allgemeinen Regeln über die Geschäftsfähigkeit⁵⁾ sind Mj nur durch ihre gesetzlichen Vertreter befähigt, rechtsgeschäftlich zu verfügen oder sich zu verpflichten.⁶⁾ Dabei ist zu unterscheiden: Kinder unter 7 Jahren sind grundsätzlich unfähig, rechtlich relevante Willenserklärungen abzugeben. Kinder von 7 bis 14 Jahren (unmündige Mj) dürfen gem § 865 Satz 2 ABGB ein zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen (dh im Wesentlichen Schenkungen) annehmen. Mj zw 14 und 18 Jahren (mündige Mj) dürfen darüber hinaus über ihr Einkommen aus eigenem Erwerb verfügen, sofern dadurch nicht ihr Lebensunterhalt gefährdet wird.⁷⁾ Weiters dürfen sie über Sachen (insb auch Geld) verfügen, die ihnen zum freien Verbrauch überlassen wurden.

Jeder Elternteil ist in dem Umfang berechtigt, das Kind zu vertreten, in dem es sich nicht selbst verpflichten kann.⁸⁾ Grundsätzlich sollten die Eltern dabei einvernehmlich vorgehen. Die Vertretungshandlung ist aber auch dann gültig, wenn der andere Elternteil seine Zustimmung nicht erteilt. Nur für bestimmte, taxativ aufgezählte Fälle (etwa Änderung des Vor- oder Familiennamens, Erklärung des Ein- oder Austritts aus einer Kirche oder Religionsgemeinschaft etc), bestimmt das Gesetz, dass die Zustimmung des anderen Elternteils einzuholen ist. Darüber hinaus bedürfen gem § 154 Abs 3 ABGB Rechtsgeschäfte in Vermögensangelegenheiten, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb des Mj gehören, neben der Zustimmung beider Eltern auch der Genehmigung des PflEGs. Das PflEG hat in diesem Fall die Vor- und Nachteile der Rechtshandlung abzuwägen und zu prüfen, ob diese im Interesse und Wohl des Kindes liegt und dem Mj kein Vermögensnachteil droht.⁹⁾

Bisweilen reicht aber die Genehmigung durch das PflEG nicht aus. Bei Geschäften, bei denen sich die Interessen des gesetzlichen Vertreters und des Mj widersprechen (etwa wenn der Mj und der gesetzliche

Vertreter ein Geschäft miteinander abschließen), ist zudem ein Kollisionskurator zu bestellen, sofern die Gefährdung der Interessen des Pflegebefohlenen zu besorgen ist und die Interessen des Mj vom Gericht nicht ausreichend wahrgenommen werden können.¹⁰⁾ Grds kann nach hA das Gericht im Verfahren gem § 154 Abs 3 ABGB über Rechtsgeschäfte zw dem Mj und seinem gesetzlichen Vertreter die Interessen des Mj nicht ausreichend wahrnehmen, weil es die Genehmigung nur erteilen oder versagen kann. Der Kollisionskurator hat hingegen die Möglichkeit, aktiv die Vertragsgestaltung zu beeinflussen.¹¹⁾ Unabhängig davon ist Voraussetzung für die Bestellung eines Kollisionskurators, dass ein konkreter Interessenswiderspruch zw Vertreter und Vertretenem vorliegt; eine bloß formelle Kollision (zB allein die Tatsache, dass der Mj mit dem gesetzlichen Vertreter ein Geschäft abschließt) reicht nicht aus.¹²⁾ Der Interessenswiderspruch kann sich allerdings sogar dann ergeben, wenn die Interessen anderer Personen als des Vertretungsbefugten den Interessen des Vertretenen widersprechen.

Wird ein Kollisionskurator bestellt, wird die Willenserklärung von diesem für den Mj abgegeben (s dazu unten B.2.c.).

2. Stiftungserrichtung durch Minderjährige

a) Wer kann Stifter sein

Die Privatstiftung wird durch eine Willenserklärung (die Stiftungserklärung, die sich aus der Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde zusammensetzt) von einem oder mehreren Stiftern errichtet.¹³⁾ Gem § 3 Abs 3 PSG kann jede natürliche oder juristische Personen Stifter einer Privatstiftung unter Lebenden sein. Stifter ist daher, wer den Willen fasst, eine Privatstiftung zu errichten und den Zweck der Stiftung festlegt. IdZ ist darauf hinzuweisen, dass für die Erlangung der Stifterstellung die Widmung von Vermögen nicht notwendig ist.¹⁴⁾ Nicht jeder Stifter muss daher der Privatstiftung Vermögen widmen.¹⁵⁾ Es reicht, wenn das Mindestvermögen von € 70.000,- von den Stiftern insgesamt aufgebracht wird. Es ist auch nicht notwendig, in die Stiftungsurkunde aufzunehmen, welcher Stifter der Stiftung wie viel zugewendet hat.¹⁶⁾

b) Stiftungserklärung durch den minderjährigen Stifter

Natürliche Personen sind grundsätzlich mit ihrer Geburt rechtsfähig und daher geeignet, den Willen zu fas-

5) Siehe §§ 151, 865 ABGB.

6) *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 55.

7) *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen, ÖJZ 2004/7.

8) Vgl § 154 ABGB.

9) EF 62.814, 81.083.

10) *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 567.

11) *Dullinger*, Bankgeschäfte Minderjähriger, ÖBA 2005, 670.

12) *Barth/Haidvogel*, Der Kinderbeistand, RZ 2007, 14.

13) Es handelt sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, auch wenn mehrere Mitstifter die Privatstiftung errichten; vgl *Arnold*, PSG² (2007) § 3 Rz 26 mwN.

14) *Arnold*, PSG² § 3 Rz 2; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/30.

15) Die Tatsache, dass nicht jeder Stifter der Stiftung ein bestimmtes Vermögen widmen muss, ermöglicht es insb Kapitalgesellschaften, die zur Perpetuierung der Stifterrechte zulässigerweise eingesetzt werden, nicht gegen die Kapitalerhaltungspflichten zu verstoßen.

16) *Arnold*, PSG² § 3 Rz 2 mwN.

sen, die Privatstiftung zu errichten. Bei Mj, die wie dargestellt nur beschränkt geschäftsfähig sind, müssen nach den allgemeinen Regeln die gesetzlichen Vertreter die entsprechende Willenserklärung (bei der Stiftung eben die notariatsaktspflichtige Stiftungserklärung) abgeben. IdZ hat der OGH schon wenige Jahre nach Einführung des PSG klargestellt, dass die Stiftungserklärung neben der Zustimmung (allenfalls beider) Elternteile auch einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Dies gilt selbst für den Fall, dass der Mj kein eigenes Vermögen widmet.¹⁷⁾ In der Begründung führt der OGH aus, dass ein Geschäft nur dann zum – nicht zu genehmigenden – ordentlichen Geschäftsbetrieb des Mj gehört, wenn es ausschließlich mit Vorteilen für ihn verbunden ist. Die Errichtung einer Stiftung sei aber genehmigungspflichtig, weil sie auch mit Belastungen für den Mj verbunden ist. In der Folge führt der OGH in dieser E eine Reihe von Merkmalen der Stiftung auf, die seiner Ansicht nach jedenfalls zu Belastungen des Mj führen. Nicht alle der in der E angeführten Punkte stellen nach Ansicht der Autoren tatsächlich eine Belastung dar: Weder gibt es im Privatstiftungsrecht nach hA eine allgemeine Treuepflicht zw den Stiftern, aufgrund welcher den Mj Stifter unabhängig von der Ausgestaltung der Stiftungserklärung eine Pflicht zum Handeln treffen könnte,¹⁸⁾ noch trifft die Stifter eine Haftung für die Verbindlichkeiten der Vorstiftung.¹⁹⁾ Auch die Gefahr, dass sich in der Stiftungszusatzurkunde für den Mj belastende Bestimmungen finden, kann für sich allein nach Ansicht der Autoren noch keine Genehmigungspflicht begründen. Finden sich in der Stiftungszusatzurkunde derartige belastende Bestimmungen, so ist das Geschäft bis zur Genehmigung schwebend unwirksam (s dazu unten). Finden sich diese Bestimmungen aber nicht, dann bedürfte es aus diesem Grund keiner Genehmigung. Richtig ist aber, dass die Stifter eine solidarische Haftung dafür trifft, dass das in der Stiftungsurkunde gewidmete Vermögen das gesetzliche Mindestvermögen von € 70.000,- erreicht (sog Differenzhaftung).²⁰⁾ Dies stellt unabhängig von der Ausgestaltung der Stiftungserklärung eine Belastung für den Mj dar. Insgesamt zeigt sich daher, dass für die Stiftungsrichtung durch einen Mj jedenfalls die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen ist. Dies empfiehlt sich darüber hinaus schon aus Gründen der Rechtssicherheit (s dazu unten B.2.c.).

Will der Stifter gemeinsam mit seinem mj Nachkommen eine Stiftung errichten, ist auch die Mitwirkung eines Kollisionskurators erforderlich.²¹⁾ Wie dargestellt ist ein Kollisionskurator zu bestellen, wenn ein Interessenswiderspruch zw Vertreter und Vertretenem besteht und dadurch die Gefährdung der Interessen des Mj möglich ist. Der OGH hat für den Fall, dass ein gesetzlicher Vertreter Mitstifter ist, die Notwendigkeit der Bestellung eines Kollisionskurators angenommen, wobei er den Grund wieder in der Differenzhaftung sieht.²²⁾

In der Praxis zeigt sich gelegentlich der Wunsch, noch ungeborene Kinder mitschaffen zu lassen. Dies ist grds zulässig. Ungeborene Kinder iSd § 22 ABGB sind ab ihrer Empfängnis bedingt und beschränkt rechtsfähig.²³⁾ Für den Nasciturus ist ebenfalls ein Kurator zu bestellen. Allerdings ist zu beachten, dass der Nascitu-

rus keine Vermögenswidmung vornehmen kann, weil er nur soweit rechtsfähig ist, als es um seine Rechte geht. Dies muss bei Errichtung der Stiftungsurkunde berücksichtigt werden. Ein weiteres Problem besteht darin, dass gem § 9 Abs 1 Abs 5 PSG Name, Zustellanschrift und Geburtsdatum in die Stiftungsurkunde aufzunehmen sind. Dies kann insofern gelöst werden, als eine andere eindeutige Identifizierung vorgenommen werden muss. *Arnold*²⁴⁾ schlägt etwa die Angabe der Daten der Eltern vor.

c) Fehlende Bestellung des Kollisionskurators bzw fehlende pflegschaftsgerichtliche Genehmigung

Wird die erforderliche pflegschaftsgerichtliche Genehmigung nicht eingeholt oder wird der Kollisionskurator nicht bestellt, so ist das Geschäft schwebend unwirksam. Die Unwirksamkeit wird durch Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch nicht geheilt.²⁵⁾ Das hat weit reichende Konsequenzen: Der Mj wird nicht Stifter.²⁶⁾ Ist die Stiftung nicht von einer Stiftermehrheit errichtet worden und ist der Mj der einzige Stifter oder wurde die Stiftung zwar von einer Stiftermehrheit errichtet, aber haben die übrigen Stifter kein hinreichendes Mindestvermögen gewidmet, dann ist die Privatstiftung erst gar nicht entstanden.

Die fehlende pflegschaftsgerichtliche Genehmigung kann allerdings nachgeholt werden.²⁷⁾ Die Stiftungsrichtung wird in diesem Fall saniert. Nach Erlangung der vollen Geschäftsfähigkeit kann der Betroffene selbst die Errichtung der Privatstiftung genehmigen (Ratihabierung).²⁸⁾

d) Praktische Anmerkungen

Aus der praktischen Erfahrung der Autoren empfiehlt es sich, vorweg mit dem zuständigen PflegschaftsG Kontakt aufzunehmen und mit dem Richter die Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde zu besprechen. Dies erleichtert die nachträgliche Genehmigung der Stiftungserklärung. Zuständig für die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung ist das BG, in dessen Sprengel der Mj seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.²⁹⁾

Zuständig für die Bestellung des Kollisionskurators ist gem § 5 Abs 2 Z 1 AußStrG das FirmenbuchG. Nicht

17) 6 Ob 332/98 m wbl 1999/227.

18) Eine solche Handlungspflicht kann sich aber aus der Interpretation der Stiftungsurkunde oder Stiftungszusatzurkunde ergeben; vgl *Kalss/Müller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Handbuch Unternehmens- und Vermögensnachfolge (2010) § 25 Rz 120.

19) *Arnold*, PSG² § 3 Rz 27 mwN.

20) *Arnold*, PSG² § 4 Rz 40 mwN.

21) Siehe dazu ausführlich *Arturo*, Kollisionskurator für Privatstiftung mit minderjährigen Stiftern? RdW 1998, 6.

22) 1 Ob 56/99 p.

23) Bedingt rechtsfähig sind die ungeborenen Kinder, weil die Rechtsfähigkeit von der Lebendgeburt abhängig ist. Beschränkt rechtsfähig sind die ungeborenen Kinder, weil das ungeborene Kind nur soweit rechtsfähig ist, als es um seine Rechte geht; s dazu *Aicher* in *Rummel*⁶ § 22 ABGB Rz 2; *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I 51; *Arnold*, PSG² § 3 Rz 2.

24) *Arnold*, PSG² § 3 Rz 18.

25) *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/30.

26) *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 7/30.

27) 1 Ob 166/04 z.

28) *Arnold*, PSG² § 3 Rz 34; *Kalss/Müller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, § 25 Rz 42.

29) *Fucik* in *Fasching/Konecny*² § 109 JN Rz 4.

durchgesetzt hat sich in der Firmenbuchpraxis die – wenngleich nach Meinung der Autoren durchaus überzeugende – Ansicht *Birnbauers*,³⁰⁾ nach der aufgrund des Gesetzeswortlauts (das Gesetz spricht davon, dass das Gericht den Kollisionskurator zu bestellen hat, bei dem „das Verfahren anhängig ist“) zu unterscheiden sei: Hat der Stiftungsvorstand die Eintragung der Privatstiftung bereits beim Firmenbuch angemeldet und wird vom FirmenbuchG aufgrund der fehlenden Beteiligung des Kollisionskurators die Verbesserung aufgetragen, dann sei der Kollisionskurator vom Firmenbuch zu bestellen, weil es sich um ein laufendes Verfahren handelt. Anderenfalls habe das PflEG den Kollisionskurator zu bestellen.

Nach den allgemeinen Regeln (s § 44 JN) hat das Gericht die Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen. Vom unzuständigen Gericht gefasste Beschlüsse, die bereits rk geworden sind, bleiben allerdings aufrecht.³¹⁾

Der Antrag auf Bestellung des Kollisionskurators sollte zweckmäßigerweise den Umfang der Vertretungsmacht enthalten („Der Umfang der Vertretungsmacht umfasst die Errichtung, den Abschluss und die Durchführung der xy Privatstiftung“). Es empfiehlt sich, im Antrag eine geeignete Person als Kollisionskurator vorzuschlagen. Auch dies sollte aber vorab mit dem Gericht abgeklärt werden. Ob dem Vorschlag entsprochen wird, ist von Gericht zu Gericht verschieden. Die Auswahl des Kollisionskurators obliegt ausschließlich dem Gericht.³²⁾ Was die Auswahl der Person des Kollisionskurators betrifft, kommt nach der hL dem gesetzlichen Vertreter auch kein RekRecht zu.³³⁾

3. Ausübung der Stifterrechte durch Minderjährige

a) Stifterrechte

Nach dem Grundkonzept des PSG stehen dem Stifter nur wenige Rechte zu.³⁴⁾ Der Gestaltungsspielraum ist aber groß. Mit anderen Worten: der oder die Stifter können sich in der Stiftungserklärung umfassende Rechte vorbehalten. Diese Rechte lassen sich in die sog Gestaltungsrechte (zB Ausgestaltung der Stiftungserklärung sowie Änderung und Widerruf der Privatstiftung) und die sonstigen Stifterrechte (Bestellung und Abberufung von Organen, Zustimmungsrechte zu Maßnahmen des Stiftungsvorstands, eingeschränkte Weisungsrechte etc) unterteilen. Der Unterschied zw Gestaltungsrechten und sonstigen Stifterrechten besteht insb darin, dass die Gestaltungsrechte ausschließlich dem Stifter zukommen und dementsprechend bei seinem Tod erlöschen. Die übrigen Rechte können hingegen auf andere Personen und Organe übertragen werden.

Insb ist es möglich, ein weiteres Organ (etwa einen Beirat) zu schaffen, dem diese Rechte übertragen werden. IdZ ist auf den vom BMJ am 29. 10. 2010 veröffentlichten ME für ein Budgetbegleitgesetz – Justiz hinzuweisen, in dem Änderungen des PSG vorgesehen sind und das Ende des Jahres beschlossen werden soll.³⁵⁾ Diese Änderungen betreffen insb den sog Begünstigtenbeirat, also ein vom Stifter in der Stiftungsurkunde geschaffenes Organ, das ausschließlich oder mehrheitlich mit Begünstigten besetzt ist. Klargestellt soll jetzt werden (wenn auch ausdrücklich nur in den Erläut), dass ein

Beirat ausschließlich oder mehrheitlich mit Begünstigten besetzt sein darf. Einem solchen mehrheitlich oder ausschließlich mit Begünstigten besetzten Beirat kann nach den Erläut auch das Recht auf Bestellung des Stiftungsvorstands eingeräumt werden; auch können ihm Zustimmungsrechte zu Geschäftsführungsmaßnahmen vorbehalten werden. Der Entwurf anerkennt zudem ausdrücklich die Möglichkeit, dem Beirat das Recht der Abberufung des Stiftungsvorstands einzuräumen. Räumt die Stiftungsurkunde dem Beirat das Recht auf Abberufung ein, so ist gem § 14 Abs 3 PSG (neu) für den Beschluss (unabhängig davon, ob der Beirat mehrheitlich mit Begünstigten besetzt ist) eine qualifizierte Mehrheit erforderlich: ein Mitglied des Stiftungsvorstands darf vom Beirat nur mit einer Mehrheit von drei Viertel der gültig abgegebenen Stimmen abberufen werden; hat der Beirat weniger als 4 Mitglieder, ist sogar Stimmeneinhelligkeit vorgesehen. Bei einem mehrheitlich mit Begünstigten besetzten Beirat sieht der ME noch eine Besonderheit vor: gem § 14 Abs 4 PSG darf der Stiftungsvorstand nur aus den (wichtigen) Gründen des § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG (grobe Pflichtverletzung; Unfähigkeit der ordentlichen Erfüllung der Aufgaben; Eröffnung des Insolvenzverfahrens) abberufen werden. Soll der Stiftungsvorstand ohne wichtigen Grund iS dieser Bestimmung abberufen werden, darf den Begünstigten bei Beschlussfassung nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen. Da ein sachlicher Grund jedenfalls erforderlich sein wird, ist allerdings nicht ganz klar ist, welche Gründe das sein sollen.

Insgesamt zeigt sich, dass sich der Stifter in der Stiftungserklärung umfassende Rechte vorbehalten darf. Wichtig festzuhalten ist idZ, dass bei einer Stiftermehrheit die vorbehaltenen Gestaltungs- und sonstigen Stifterrechte gemeinsam auszuüben sind, sofern die Stiftungsurkunde nichts anderes vorsieht. In diesem Fall bedarf die Ausübung des Rechts der übereinstimmenden Willenserklärungen der Stifter.³⁶⁾

b) Ausübung der Stifterrechte durch minderjährige Stifter

Auch bei Ausübung der Stifterrechte werden die mj Stifter grds durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten. Dies gilt sowohl für die Gestaltungsrechte, die zwar nicht übertragbar, aber doch der Vertretung zugänglich sind, als auch für die sonstigen Stifterrechte.³⁷⁾

Dabei können sich uU die gleichen Probleme stellen wie bei der Stiftungerrichtung: Die Willenserklärung hat grds der gesetzliche Vertreter des Mj abzugeben; uU ist ein Kollisionskurator zu bestellen;³⁸⁾ auch kann die pflEG gerichtliche Genehmigung einzuholen sein.

30) *Birnbauer*, Anmeldung der Änderung der Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde, GeS 2005, 330.

31) *Ballon* in *Fasching/Konecny* § 44 JN Rz 4.

32) EF 56.865.

33) *Stabentheiner* in *Rummel* §§ 271, 272 ABGB Rz 4.

34) *Kalss/Müller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, § 25 Rz 46.

35) 233/ME 24. GP; mit den Änderungen will der Gesetzgeber auf die E des OGH zu 6 Ob 42/09 h und 6 Ob 145/09 f reagieren.

36) *Kalss/Müller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, § 25 Rz 113.

37) *Kalss/Müller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, § 25 Rz 123.

38) *Arnold*, PSG² § 3 Rz 44.

Ob für die jeweilige Willenserklärung die Bestellung eines Kollisionskurators und die Einholung einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung notwendig sind, ist im Einzelfall nach den allgemeinen Grundsätzen (materieller Interessenswiderspruch, Vermögensangelegenheit, außerordentlicher Wirtschaftsbetrieb etc) zu entscheiden. Rsp gibt es zu diesem Thema – soweit ersichtlich – nur wenig.

Folgt man der Ansicht des OGH zu 6 Ob 332/98 m, nach der die Möglichkeit von belastenden Bestimmungen in der Stiftungserklärung ausreicht, um eine Genehmigungspflicht zu begründen, so wird die Ausübung des Änderungsrechts wohl jedenfalls genehmigungspflichtig sein. In diese Richtung ist auch die E des OLG Wien zu verstehen, nach der die Änderung der Stiftungsurkunde keiner pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung für den mj Mitstifter bedarf, sofern sich nach der (pflegschaftsgerichtlich genehmigten) Stiftungsurkunde nur ein anderer Stifter das Änderungsrecht vorbehalten hat.³⁹⁾ Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass die Änderung oder die Mitwirkung an einem entsprechenden Stifterbeschluss durch den mj Stifter der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Auch beim Widerruf der Stiftung wird aufgrund der Konsequenzen (Auflösung der Stiftung) eine pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung (und allenfalls die Bestellung eines Kollisionskurators) notwendig sein, weil der Mj durch den Widerruf Rechte verliert.⁴⁰⁾

Was ist aber mit den sonstigen Stifterrechten? Es wird darauf abzustellen sein, ob die Ausübung des Rechts eine Vermögensangelegenheit des Stifters betrifft.⁴¹⁾ Im GmbH-Recht ist etwa anerkannt, dass die Zustimmung durch den mj Gesellschafter zu den Generalversammlungsbeschlüssen einer GmbH, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, genehmigungspflichtig ist.⁴²⁾ Genehmigungspflichtig ist dabei die Stimmabgabe, nicht aber der Generalversammlungsbeschluss an sich.⁴³⁾ Gleiches wird für viele Entscheidungen des Mj als Stifter gelten. Die (vorbehaltene) Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen des Stiftungsvorstands wird daher der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen; das gilt auch für Weisungen an den Stiftungsvorstand. Die Entscheidung hinsichtlich der Bestellung und Abberufung von Organen (zB des Stiftungsvorstands) kann nach Ansicht der Autoren ebenfalls genehmigungspflichtig sein. Nach der Rsp des OGH genügt es nämlich für die Annahme einer Genehmigungspflicht, dass die fragliche Handlung entscheidenden Einfluss auf eine Angelegenheit hat, die vermögensrechtlicher Natur ist.⁴⁴⁾ Demnach muss die fragliche Handlung selbst nicht unmittelbare Auswirkung auf das Vermögen haben. Die Frage, wer Stiftungsvorstand einer Stiftung ist, kann aber sehr wohl mittelbare Auswirkung auf das Vermögen des mj Stifters haben, wenn dieser – wie meistens – Begünstigter oder Letztbegünstigter der Stiftung ist.

Insgesamt zeigt sich daher, dass die Einräumung von Rechten an mj Stifter zur – meist unerwünschten – Notwendigkeit der Einbindung des PflegschaftsG in die Verwaltung der Stiftung führen kann. In der Praxis zeigt sich auch, dass es noch einen anderen Grund gibt, den mj Stifter von der Organisation der Stiftung auszu-

schließen: aus den verschiedensten Gründen (etwa Scheidung) ist die Einflussnahme des gesetzlichen Vertreters auf die Stiftung nicht immer erwünscht.

c) Praktische Anmerkungen

Familienstiftungen werden zumeist so ausgestaltet, dass ein Hauptstifter (zB der Unternehmer, der seine Gesellschaftsanteile der Stiftung widmet) auf Lebzeiten alleine berechtigt ist, die Gestaltungsrechte und sonstigen Stifterrechte auszuüben. Erst nach dem Tod des Hauptstifters (oder seiner Geschäftsunfähigkeit) kommt nach Maßgabe der Stiftungsurkunde den übrigen Stiftern (seinen Nachkommen) das Recht zu, die Gestaltungs- und sonstigen Stifterrechte auszuüben.⁴⁵⁾ Eine derartige Gestaltung der Stiftungserklärung ist durchaus zulässig.⁴⁶⁾

Auch dabei gibt es wieder die unterschiedlichsten Gestaltungsmöglichkeiten. Ziel ist es zumeist, den Einfluss des gesetzlichen Vertreters des Mj sowie des PflegschaftsG zu beschränken.

Wieder ist zw Gestaltungsrechten und sonstigen Stifterrechten zu unterscheiden. Bei den Gestaltungsrechten empfiehlt es sich, den Mj von der Ausübung (oder der Mitwirkung an der Ausübung) dieser Rechte bis zum Erreichen der Volljährigkeit auszuschließen. Erst bei erreichter Volljährigkeit erhält der Nachkomme das Recht, die Stiftung zu ändern oder zu widerrufen. In diesem Fall sollten aber Regelungen in die Stiftungsurkunde aufgenommen werden, die eine einseitige Änderung der Stiftungserklärung zulasten des mj Stifters bis zu dessen Volljährigkeit verhindern (zB eingeschränktes Änderungsrecht).⁴⁷⁾ Ansonsten kann die Situation entstehen, dass der Mj nach Ableben des Erststifters vom Änderungsrecht noch ausgeschlossen ist und seine vj Geschwister in der Zwischenzeit die Stiftungserklärung (zB die Begünstigtenregelung) zu ihren Gunsten ändern.

Bei den sonstigen Stifterrechten, die wie dargestellt auch Dritten zukommen können, kann eine flexiblere Lösung gefunden werden. So können diese Rechte etwa einem Beirat übertragen werden, der bis zum Erreichen der Volljährigkeit mit Vertrauenspersonen des Erststifters besetzt ist. Erst bei erreichter Volljährigkeit übernimmt der Mj seinen Platz im Beirat und übt zusammen mit den übrigen Beiratsmitgliedern die sonstigen Stifterrechte aus. Wesentlich ist idZ auch die regelmäßige Überprüfung der Stiftungserklärung auf Übereinstimmung mit den rechtlichen, familiären und steuerlichen Rahmenbedingungen. →

39) OLG Wien 28 R 262/07 s.

40) Arnold, Ausübung der Gestaltungsrechte eines Stifters durch seinen Sachwalter, GeS 2003, 479.

41) Oberndorfer/Leitner, Die Geschäftsunfähigkeit des Stifters aus dem Blickwinkel des Sachwalters und anderer Stiftungsorgane, ZfS 2010, 99.

42) Hopf in KBB³ § 154 ABGB Rz 9.

43) Hofmann in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, § 37 Rz 25 ff.

44) 1 Ob 113/98 v; aA Oberndorfer/Leitner, ZfS 2010, 99, die darauf abstellen, ob die Handlung eine unmittelbare Auswirkung auf das Vermögen des Stifters hat.

45) Kalss/Müller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, § 25 Rz 114.

46) Kalss/Müller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, § 25 Rz 114; Kalss/Zollner, Ausübung und Änderung von Stifterrechten bei einer Stiftermehrheit, GesRZ 2006, 227; Ch. Nowotny, Stifterrechte – Möglichkeit und Grenzen, JBl 2003, 778 (780).

47) Müller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, § 26 Rz 13.

**→ In Kürze**

Die Familienstiftung ist ein wertvolles und häufig eingesetztes Instrument der Nachlassplanung. Es stellt sich allerdings die Frage, wie den Nachkommen nach dem Ableben des Erblassers ausreichend Einfluss vorbehalten werden kann. Viele Stifter entscheiden sich dafür, die Nachkommen, selbst wenn sie noch minderjährig sind, mitstiften zu lassen. Selbst ungeborene Kinder werden auf diese Weise zu Stiftern. Minderjährige Kinder sind nach den allgemeinen Regeln nur beschränkt geschäftsfähig. Dies ändert zwar nichts daran, dass Minderjährige eine Stiftung errichten können. Allerdings ist eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung der Stiftungserklärung einzuholen. Unter Umständen ist auch ein Kollisionskurator zu bestellen. Die Einbindung von Minderjährigen in die Foundation Governance sollte ebenfalls gut vorbereitet sein, um die Einflussnahme von stiftungsfremden Personen so weit wie möglich zu beschränken.

→ Zum Thema**Über die Autoren:**

DDr. Katharina Müller ist Rechtsanwältin in der Kanzlei Willheim Müller Rechtsanwälte in Wien. Ihre Tätigkeit umfasst Beratung bei der Errichtung von Stiftungen, Gestaltung der Stiftungserklärung, die Überarbeitung von Stiftungserklärungen zur Anpassung an geänderte rechtliche, familiäre und steuerliche Rahmenbedingungen sowie die Beratung von Begünstigten und Stiftungsvorständen. Regelmäßige Vortrags- und Publikationstätigkeit.

Mag. René Saurer ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Willheim Müller Rechtsanwälte in Wien mit den Tätigkeitsschwerpunkten in den Bereichen Unternehmensnachfolge, Erbrecht und Stiftungen.

Kontakt: Willheim Müller Rechtsanwälte, Rockhgassee 6, 1010 Wien.

Tel: +43 (01) 535 8008

Fax: +43 (01) 535 8008 50

E-Mail: office@wmlaw.at

Internet: www.wmlaw.at

Literatur:

Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010).