

## Errichtung von Substiftungen

1. Grundsätzlich können Privatstiftungen Substiftungen errichten, sofern dies durch die Stiftungserklärung gedeckt ist. PSG: §§ 3, 33
2. Der Vorstand der Privatstiftung ist bei der Errichtung einer Substiftung an den ursprünglichen Stiftungszweck gebunden; der Stiftungszweck muss daher kongruent sein. Der Vorstand der Hauptstiftung muss dafür Sorge tragen, dass deren Stiftungszweck auch in der Substiftung gewahrt bleibt, sodass dann, wenn auch Mit- bzw Nebenstifter an der Substiftung beteiligt sind, diesen keine Gestaltungsrechte eingeräumt werden dürfen, die dem Stiftungszweck der Mutterstiftung widersprechen könnte. OGH 21.12.2015, 6 Ob 108/15y
3. Ist in der Stiftungserklärung kein umfassendes, nicht eingeschränktes Änderungsrecht vorbehalten, so kann dies nach Eintragung der Privatstiftung nicht mehr nachgeholt werden.

### Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

### Text

#### Begründung:

Die E.\*\*\*\*\* (idF „Stiftung“) wurde mit Stiftungserklärung des E.\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* vom 24. 10. 2002 errichtet und ist seit 30. 11. 2002 zu FN \*\*\*\*\* im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragen. Der Vorstand der Stiftung besteht derzeit aus den drei Mitgliedern Dr. K\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\* (Vorsitzender), Mag. R\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* (Stellvertreter des Vorsitzenden), und Dr. S\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\* (geboren am \*\*\*\*\*, die die Stiftung seit 8. 7. 2014 bzw 19. 8. 2014 jeweils gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied vertreten.

§ 2 der Stiftungsurkunde in der zuletzt aktuellen Fassung vom 18. 6. 2012 nennt als Zweck der Stiftung den Erwerb, die Erhaltung, den Verkauf sowie die Anlage von Vermögenswerten aller Art, deren Verwaltung, insbesondere auch von Unternehmensbeteiligungen und Immobilien, sowie die Ausstattung und Unterstützung des Lebensunterhalts im Allgemeinen sowie die wirtschaftliche Förderung im weitesten Sinne des Stifters und der vom Stifter in Zusatzurkunden oder der vom Stiftungsvorstand bestimmten Personen. Den Begünstigten stehe kein Rechtsanspruch auf Zuwendung durch die Stiftung zu, sie seien vom Stifter festzulegen.

In § 7 der Stiftungsurkunde hatte sich der Stifter ein umfassendes Änderungs- und Widerrufsrecht vorbehalten. Auch in § 10 ist ein Widerrufsrecht des Stifters unter Bezugnahme auf § 34 PSG enthalten.

Mit Notariatsakt vom 16. 11. 2012 beschloss der Stifter eine Änderung der Stiftungsurkunde in deren § 2, der der folgende Absatz angefügt wurde:

*„Auf Wunsch des Stifters oder - nach Ableben oder Verlust der uneingeschränkten Geschäftsfähigkeit des Stifters - auf gemeinsamen Wunsch der Töchter des Stifters, N\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*, ist das Stiftungsvermögen, auch zur Gänze, auf eine andere von der Privatstiftung gemeinsam mit dem Stifter oder gemeinsam mit den Töchtern oder gemeinsam mit dem Stifter und den Töchtern errichtete und nach den Wünschen des Stifters oder - nach Ableben oder Verlust der uneingeschränkten Geschäftsfähigkeit des Stifters - nach den Wünschen seiner Töchter gestaltete Privatstiftung durch Widmung zu übertragen.“*

Der Stifter verstarb am 27. 11. 2012.

Am 27. 12. 2012 hatte der Stiftungsvorstand zu GZ 7\*\*\*\*\* des Erstgerichts die Eintragung dieser Änderung der Stiftungsurkunde beantragt, jedoch unter einem darauf hingewiesen, dass erhebliche Bedenken gegen die Geschäftsfähigkeit des Stifters im Zeitpunkt der Errichtung des Notariatsakts vom 16. 11. 2012 bestünden. Nach Durchführung von Erhebungen zum Gesundheitszustand bzw zur Geschäftsfähigkeit des Stifters verfügte das Erstgericht mit Beschluss vom 17. 12. 2013 die Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde.

Das Oberlandesgericht Wien hob infolge eines Rekurses der Stiftung und der Mitglieder des Stiftungsvorstandes mit Beschluss vom 2. 4. 2014 zu AZ 28 R 3/14p den Beschluss des Erstgerichts ersatzlos auf und trug diesem die Vollziehung im Firmenbuch nach Eintritt der Rechtskraft

auf. Die Eintragung sei in Ermangelung eines Eintragungsbegehrens des Stiftungsvorstands unzulässig gewesen, im Übrigen verstoße die vom Stifter verfügte Änderung der Stiftungsurkunde gegen zwingende Bestimmungen des Privatstiftungsgesetzes.

Nachdem der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 28. 8. 2014 zu 6 Ob 98/14a den außerordentlichen Revisionsrekurs der Begünstigten DI N\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\* mangels Rechtsmittellegitimation zurückgewiesen hatte, verfügte das Erstgericht mit Beschluss vom 26. 4. 2014 die Löschung der Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde vom 16. 11. 2012 (7\*\*\*\*\*).

Daraufhin beantragten die Mitglieder des Stiftungsvorstands am 14. 1. 2015 neuerlich beim Erstgericht die Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde vom 16. 11. 2012 (7\*\*\*\*\*).

Das **Erstgericht** wies diesen Antrag ab. Die Änderung der Stiftungsurkunde käme einem ausschließlich dem Stifter vorbehaltenen Recht auf Änderung oder Widerruf der Stiftungserklärung der „Mutterstiftung“ gleich. Überdies würde die Stiftung mit der Übertragung des gesamten Vermögens auf eine Substiftung selbst einen Auflösungsgrund nach § 35 Abs 2 Z 2 PSG herbeiführen, weil der Zweck der Stiftung danach nicht mehr erfüllt werden könne. Die in § 2 der Stiftungsurkunde eingefügten Änderungen seien daher mit der Unübertragbarkeit der Gestaltungsrechte des Stifters nicht in Einklang zu bringen und würden gegen die zwingenden Bestimmungen der §§ 33, 34 PSG verstoßen.

Das **Rekursgericht** bestätigte diese Entscheidung. Die Errichtung einer Substif-

tung entspreche nicht dem Stiftungszweck, weil dieser mit Wegfall des Vermögens nicht mehr erreicht werden könne. Eine Änderung der Stiftungserklärung durch den Vorstand dürfe nur der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Stiftung dienen. Der Zweck der Mutterstiftung müsse daher bei Errichtung der Substiftung gewahrt bleiben. Durch die Änderung der Stiftungserklärung käme es jedoch zu einer Perpetuierung der mit dem Tod des Stifters erloschenen und höchstpersönlichen Gestaltungsrechte bzw einer unzulässigen Erweiterung des nur in engen Schranken erlaubten Änderungsrechts des § 33 Abs 2 PSG.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil Rechtsprechung zu der Frage fehle, ob die Stiftungserklärung vorsehen dürfe, dass nach dem Tod des Stifters das Stiftungsvermögen, auch zur Gänze, auf eine Substiftung unter Einbindung von Begünstigten als Stifter übertragen werden könne.

### Rechtliche Beurteilung

Der **Revisionsrekurs** ist nicht berechtigt.

**1.** Grundsätzlich genießt im firmenbuchrechtlichen Eintragungsverfahren nur die Privatstiftung Parteistellung (RIS-Justiz RS0123556); die einschreitenden Mitglieder des Stiftungsvorstands werden in der Regel nicht im eigenen Namen, sondern ausschließlich in ihrer Funktion als Vertreter der Privatstiftung tätig. Der erkennende Senat hat jedoch bereits ausgesprochen, dass im hier vorliegenden Fall der Eintragung von Änderungen der Stiftungsurkunde auch der Vorstand selbst rechtsmittellegitimiert ist, selbst wenn er sich wegen Bedenken gegen die bewilligte Eintragung dieser Änderungen wendet (ausführlich 6 Ob 98/14a; 6 Ob 95/15m; RIS-Justiz RS0120927 [T3]).

**2.1.** Dass grundsätzlich Privatstiftungen Substiftungen errichten können, sofern dies durch die Stiftungserklärung gedeckt ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Dies ergibt sich schon daraus, dass nach § 3 PSG jede natürliche oder juristische Person Stifter sein kann (Arnold, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 60; Hasch/Wolfgruber, Substiftungen - Voraussetzungen, Einsatz und rechtliche Problembereiche, ZfS 2012, 3).

**2.2.** Eine zusätzliche Bestätigung erfährt diese Auffassung durch die steuerrechtlichen Regelungen des § 27 Abs 5 Z 8 lit f und g EStG, kann dem Gesetzgeber doch nicht unterstellt werden, dass er steuerliche Anrechnungsregeln für eine Konstruktion vorsieht, die zivilrechtlich von vornherein ausgeschlossen ist.

**3.** Fraglich ist jedoch, inwieweit hier Grenzen bestehen.

**3.1.** Nach Arnold (PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 60 ff; ähnlich ders in Arnold/Ludwig, Stiftungshandbuch<sup>2</sup> Rz 14/1 ff) hat der Stiftungsvorstand bei der Errichtung einer Substiftung für die Erfüllung des Stiftungszwecks zu sorgen und die Bestimmungen der Stiftungserklärung einzuhalten. Weiters habe er die Gläubigerschutzbestimmungen, insbesondere die Zuwendungssperre des § 17 Abs 2 Satz 2 PSG einzuhalten. Die Übertragung von Vermögen durch eine Privatstiftung auf eine andere Privatstiftung müsse daher einerseits durch den Stiftungszweck bzw die Regelungen der Stiftungserklärung gedeckt sein, andererseits sei darauf zu achten, dass hiedurch Gläubigerschutzbestimmungen nicht verletzt werden. Aus Haftungserwägungen werde der Stiftungsvorstand außerdem (insbesondere bei vollständiger Vermögensübertragung) die voraussichtlichen Kosten der Abwicklung der Privatstiftung und sich möglicherweise ergebende steuerliche Folgen berücksichtigen müssen.

**3.2.** Gegebenenfalls könne auch anderen Personen (etwa den bisherigen Stiftern oder einzelnen Stiftern der Privatstiftung, aber auch Dritten) bei der Substiftung eine (Mit-)Stifterstellung eingeräumt werden (Arnold, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 62). Zur Absicherung des Stiftungsvorstands der („Mutter“-)Privatstiftung sollte darauf geachtet werden, dass eine derartige Erweiterung des Stifterkreises in der Stiftungserklärung der („Mutter“-)Privatstiftung für zulässig erklärt wird.

**3.3.** Mitunter sei bei der Gestaltung des Stiftungszwecks der Substiftung auf den bisherigen Stiftungszweck zu achten (Arnold, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 62). Dies bedeute aber nicht notwendigerweise, dass der Stiftungszweck auch kongruent sein müsse. Auf die Identität bzw Kongruenz des Stiftungszwecks könne es jedenfalls dann nicht ankommen, wenn es bei der

„Hauptstiftung“ einen änderungsbefugten Stifter gebe, der die Ausgestaltung der Substiftung anordne, weil dieser auch den Stiftungszweck der Hauptstiftung ändern könne (Arnold, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 62).

**3.4.** Die Teilnehmer einer Veranstaltung des Zentrums für Stiftungsrecht vertreten demgegenüber überwiegend die Auffassung, dass der Stiftungszweck kongruent sein müsse (Zentrum für Stiftungsrecht, GesRZ 2012, 345 [349]).

**3.5.** Nach Hasch/Wolfgruber (ZfS 2012, 3), könne durch die Aufnahme weiterer Mitstifter einer „Versteinerung“ der Privatstiftung entgegengewirkt und der Gefahr vorgebeugt werden, dass durch das Ableben des Stifters der „Mutterstiftung“ die vorbehaltenen Gestaltungsrechte ungewollt erlöschen (Arnold, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 62; Hasch/Wolfgruber aaO ZfS 2012, 7).

**4.1.** Die Errichtung einer Privatstiftung führt durch die Vermögenswidmung zu einer wirtschaftlichen Verselbständigung und Eigentümerlosigkeit dieses Vermögens, welches in weiterer Folge ausschließlich auf Grundlage des Stiftungszwecks und nach dem Ermessen des Stiftungsvorstands zu verwenden ist (RIS-Justiz RS0052995).

**4.2.** Einflussmöglichkeiten des Stifters auf das Stiftungsgeschehen können sich nach dem Entstehen der Privatstiftung nur dann ergeben, wenn er sich in der Stiftungserklärung Änderungen derselben (§ 33 Abs 2 Satz 1 PSG) oder den Widerruf (§ 34 Satz 1 PSG) vorbehalten hat, sodass in diesen Fällen das Prinzip der vollständigen Trennung der Stiftung vom Stifter nicht verwirklicht ist (6 Ob 61/04w). Diese Gestaltungsrechte sind höchstpersönliche Rechte; eine Übertragung auf Rechtsnachfolger ist nicht möglich (Arnold, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 43 mwN; 6 Ob 261/09i ua).

**4.3.** Die Möglichkeit des Vorbehalts einer Änderung der Stiftungsurkunde stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass die Stiftung auf Grundlage der Stiftungserklärung zum vom Stifter losgelösten Rechtsträger wird. Diese ausnahmsweise Berücksichtigung des Stifterwillens nach dem Entstehen der Privatstiftung setzt einen entsprechenden Vorbehalt in der Stiftungserklärung voraus. Bei einem

umfassenden, nicht eingeschränkten Änderungsvorbehalt in der Stiftungserklärung ist jede Änderung der Stiftungserklärung zulässig (6 Ob 61/04w; 6 Ob 210/14x; RIS-Justiz RS0120753). Ist in der Stiftungserklärung hingegen kein Änderungsrecht vorbehalten, so kann dies nach Eintragung der Privatstiftung nicht mehr nachgeholt werden (Arnold, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 36; *Diregger/Wimmer in Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts 116 f mwN; *Wolffgruber in Hasch & Partner*, PSG<sup>2</sup> § 33 Rz 25).

**5.1.** Nach § 3 Abs 3 PSG gehen die Rechte des Stifters, die Privatstiftung zu gestalten, nicht auf seine Rechtsnachfolger über. Daraus folgt, dass bei natürlichen Personen das Recht zur Ausübung von Gestaltungsrechten jedenfalls mit dem Tod des Stifters erlischt (Arnold, PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 44) und dass die Gestaltungsrechte auch nicht über das Ableben des Stifters hinausgehend von Bevollmächtigten ausgeübt werden können. Letzteres würde nämlich ebenfalls der Zielsetzung des § 3 Abs 3 PSG widersprechen (Arnold aaO mwN). Auch das Recht auf Widerruf ist ein Gestaltungsrecht, das höchstpersönlich und damit unübertragbar ist (6 Ob 102/12m; vgl auch RIS-Justiz RS0118046 [T9]).

**5.2.** Auch Arnold (PSG<sup>3</sup> § 3 Rz 43 f sowie § 33 Rz 35) anerkennt, dass das Recht zur Ausübung von Gestaltungsrechten bei natürlichen Personen jedenfalls mit dem Tod des Stifters erlischt. Es könne daher auch mit Ableben des Stifters nicht mehr durch einen gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter ausgeübt werden und gehe auch nicht auf Erben über. Die Ausübung eines Gestaltungsrechts setze den aufrechten Bestand des Gestaltungsrechts voraus. Die Einräumung dieses Rechts an Personen, die nicht Stifter sind, sei daher nicht möglich.

**5.3.** Aus diesem Grund werden häufig schon Kinder des Stifters als „Nebenster“ einbezogen, um dadurch den Kreis der Stifter möglichst weit zu fassen und die längerfristige Möglichkeit der Ausübung von Gestaltungsrechten zu sichern (*Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 25 Rz 42 und Rz 129; *Arnold in Arnold/Ludwig*, Stiftingshandbuch<sup>2</sup> Rz 3/14).

**5.5.** *Arnold/Ludwig* (Exit- und Umgründungs-szenarien bei Privatstiftungen, *Kathrein & Co* Stiftungsletter 2004, Ausgabe 5, S 12) weisen darauf hin, dass die Aufnahme anderer Auflösungsgründe in der Stiftungserklärung nicht zur Umgehung der gesetzlichen Regelungen über den Widerruf der Privatstiftung bzw die fehlende Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten führen dürfen.

**6.1.** Teilweise wird in der Literatur vorgeschlagen, dass der Stiftungsvorstand durch den Stifter zur Änderung des Stiftungszwecks ermächtigt werden könne (*Müller*, Änderung, Widerruf und Beendigung der Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz 267 [275]). Dagegen spricht jedoch die Höchstpersönlichkeit und Unübertragbarkeit der Gestaltungsrechte (*Berger in Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 32).

**6.2.** § 33 Abs 2 PSG gestattet Änderungen der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand nach Wegfall des Stifters nur unter Wahrung des Stiftungszwecks zur Anpassung an geänderte Verhältnisse (dazu 6 Ob 198/13f). Eine Erweiterung dieses Änderungsrechts des Stiftungsvorstands ist unzulässig. Auch in der Stiftungserklärung kann daher für Änderungen durch den Stiftungsvorstand nicht vom Erfordernis der Wahrung des Stiftungszwecks oder der Notwendigkeit der Anpassung an geänderte Verhältnisse abgegangen werden. Vielmehr darf eine Änderung der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand nur der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Privatstiftung dienen

(*G. Nowotny in Gassner/Goeth/Gröhs/Lang*, Privatstiftung 137 [153]; *Diregger/Wimmer in Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts 126; *Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 33 Rz 30).

**6.3.** Oberste Leitlinie für das Handeln des Vorstands der Privatstiftung ist neben den Vorgaben des Gesetzes die Stiftungserklärung. Daher ist der Vorstand der Privatstiftung bei der Errichtung einer Substiftung an den ursprünglichen Stiftungszweck gebunden; der Stiftungszweck muss daher kongruent sein (vgl auch Zentrum für Stiftungsrecht, GesRZ 2012, 345 [349]).

**6.4.** Das Gegenargument von *Arnold* (PSG<sup>3</sup> Rz 60 ff), auf die Identität bzw Kongruenz des Stiftungszwecks komme es nicht an, wenn es bei der „Hauptstiftung“ einen änderungsbefugten Stifter gebe, der die Ausgestaltung der Substiftung anordnet, weil dieser auch den Stiftungszweck der Hauptstiftung ändern könne, überzeugt nicht. Das bloße Vorhandensein eines änderungsberechtigten Stifters vermag die tatsächliche Änderung des Stiftungszwecks nicht zu ersetzen. Die Auffassung *Arnolds* liefe darauf hinaus, dass bei Lebzeiten eines änderungsberechtigten Stifters der Stifter den Vorstand im Ergebnis zu einem weitgehenden Abgehen vom Stiftungszweck ermächtigen könnte. Diese Auffassung entspricht aber nicht der Konzeption des Gesetzes und widerspräche auch der höchstpersönlichen Ausgestaltung des Änderungsrechts.

**6.5.** Problematisch wäre auch, wenn bei der Substiftung weitere Mitstifter auftreten, denen ein Änderungs- oder Widerrufsrecht zukommt. Dies würde zu einer deutlichen Schwächung des Vorstands der „Hauptstiftung“ führen. Damit wäre aber der Zweck der „Hauptstiftung“ gefährdet.

**7.** Soweit in der Literatur die Auffassung vertreten wird, die Errichtung einer Substiftung könne zur Auflösung von Konflikten zulässig sein, ist zunächst darauf zu verweisen, dass im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte in diese Richtung vorliegen. Vor allem bestünde aber auch in diesem Fall für eine Abweichung von den dargelegten Grundsätzen keine Grundlage. Der Vorstand der Hauptstiftung müsste daher dafür Sorge tragen, dass deren Stiftungszweck auch in der Substiftung gewahrt bleibt. Dies bedeutet, dass dann, wenn auch Mit- bzw Nebenster an der Substiftung beteiligt sind, diesen keine Gestaltungsrechte eingeräumt werden dürfen, die dem Stiftungszweck der Mutterstiftung widersprechen könnten. Andernfalls gäbe der Stiftungsvorstand der Mutterstiftung die ihm zentral übertragene Aufgabe, nämlich die Vermögensverwaltung unter Beachtung des Stiftungszwecks, aus der Hand.

**8.** Der Oberste Gerichtshof verkennt nicht, dass die Errichtung einer Substiftung steuerlich günstiger sein kann (dazu ausführlich *Wiedermann/Migglautsch*,

Zuwendungen von Privatstiftungen, Substanzauszahlungen und Substiftungen, in *Cerha/Haunold/Huemer/Schuch/Wiedermann*, Stiftungsbesteuerung<sup>2</sup> 107 ff; *Ludwig* in *Arnold/Ludwig*, Stiftungshandbuch<sup>2</sup> Rz 14/4, Rz 14/29) als die - von *Rasteiger* (Die nachträgliche Anpassung von Privatstiftungen [2004] 100) als „teurer Umweg“ bezeichnete - Ausschüttung des Vermögens an die Begünstigten und dessen erneute Widmung an eine neu zu gründende Privatstiftung. Steuerliche Zweckmäßigkeitserwägungen können jedoch kein Abgehen von den dargelegten zivilrechtlichen Grundsätzen rechtfertigen.

**9.** Auf die Richtigkeit des vom Rekursgericht weiters ins Treffen geführten Arguments, dass im vorliegenden Fall, in dem die Substiftung das gesamte Vermögen der Privatstiftung umfassen könne, die ursprüngliche („Haupt“-)Stiftung nur mehr als leere Hülle zurückbliebe, die mangels der Möglichkeit, den ursprünglichen Zweck zu erreichen, den Auflösungsgrund des § 35 Abs 2 Z 2 PSG herbeiführen würde, kommt es daher nicht an.

**10.** Damit gelangte aber schon das Rekursgericht zutreffend zu dem Ergebnis, dass die vom Stifter verfügte Änderung der Stiftungserklärung unter Beachtung dieser Grundsätze zu weit gefasst ist, käme es dadurch doch zu einer Perpetuierung der mit seinem Tod erloschenen höchstpersönlichen und unübertragbaren Gestaltungsrechte bzw zu einer unzulässigen Erweiterung des nur in den engen Schranken des § 33 Abs 2 PSG erlaubten Änderungsrechts des Stiftungsvorstands.

Damit erweist sich der angefochtene Beschluss aber als frei von Rechtsirrtum, sodass dem unbegründeten Revisionsrekurs ein Erfolg zu versagen war.