

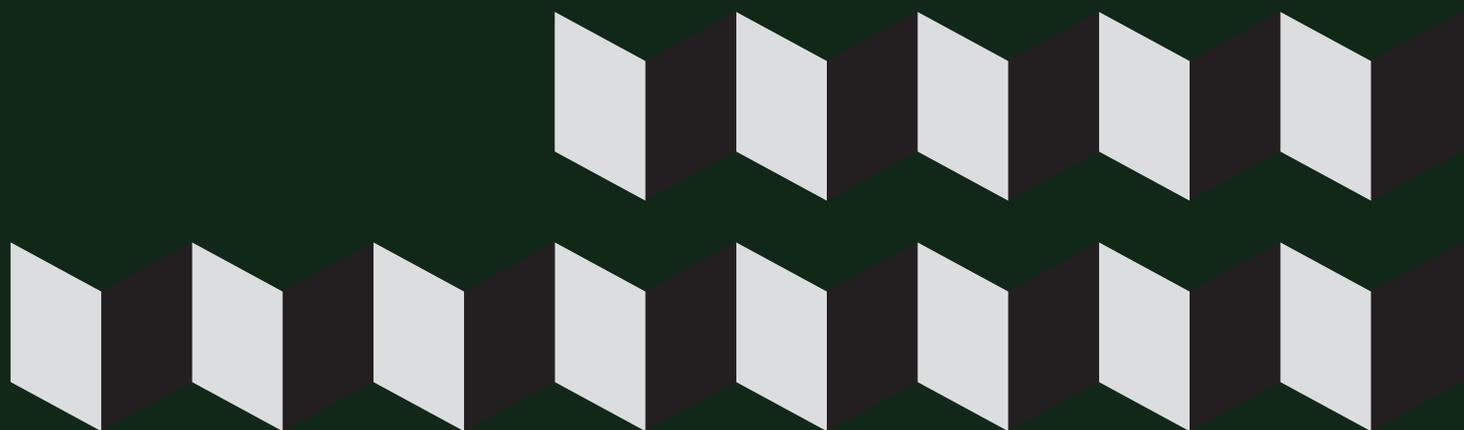


Die Privatstiftung

Nationales und internationales Stiftungsrecht

Schriftleitung

Georg Kodek, Christian Ludwig, Johannes Zollner



107 | Beiträge

Aktuelles zur Begünstigtenmeldung nach § 5 PSG

Johannes Zollner

110 |

Grundstücksveräußerung durch Privatstiftungen

Eduard Lechner

117 | Rechtsprechung

Rechtsmittelbeschränkung bei gerichtlich angeordneter Einsicht

Beratungsverträge mit Mitgliedern des Stiftungsbeirats

Kommt es zu einer analogen Anwendung des § 95 Abs 5 Z 12 AktG auf Privatstiftungen?

PSR 2011/26

§ 25 Abs 1,
§ 27 Abs 2 PSG;
§ 95 Abs 5 Z 12
AktG

Stiftungs-
governance;
Beirats-
zustimmung;
Organgeschäft

Das OLG Wien¹⁾ zeigte jüngst Grenzen der sogenannten „Stiftungsgovernance“ auf, indem es die analoge Anwendung des aktienrechtlichen Organgeschäftsverbots auf die Privatstiftung ablehnte. Das zugrunde liegende Problem war in der Literatur unter dem Schlagwort der „Aufsichtsrats-Beratungsmandate“ bei der Aktiengesellschaft seit erstmaliger Vorstellung des Österreichischen Corporate Governance Kodex am 1. 10. 2002 ein heißes Thema.²⁾

Von Peter Melicharek (am Verfahren beteiligt)

Inhaltsübersicht:

- Der Anlassfall
- Die Ratio hinter § 95 Abs 5 Z 12 AktG und sein Schutzzweck
- Analogie oder „Abfärben“ auf Privatstiftungen?
- Die Lösung des OLG Wien
- Resümee und eigener Ansatz

A. Der Anlassfall

Erstmals hatte ein Rechtsmittelgericht zu entscheiden, ob eine „doppelt analoge“³⁾ Anwendung des § 95 Abs 5 Z 12 AktG auf Privatstiftungen geboten wäre, und es verneinte diese Frage klar. Ein Rechtsanwalt war nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt vorerst beauftragt worden, im Auftrag einer Privatstiftung gem § 27 Abs 2 PSG die gerichtliche Abberufung eines der Mitglieder ihres aufsichtsratsähnlichen Beirats aus wichtigem Grund durchzuführen; kurz darauf wurde dieser Rechtsanwalt vom hierzu befugten Vorstand als weiteres Beiratsmitglied der Privatstiftung ernannt. Das abberufende Beiratsmitglied machte geltend, das Abberufungsmandat würde § 95 Abs 5 Z 12 AktG widersprechen, der auf die Privatstiftung analog anzuwenden sei.⁴⁾

B. Die Ratio hinter § 95 Abs 5 Z 12 AktG und sein Schutzzweck

Nach der alten Praxis konnte bei Kapitalgesellschaften eine über die Aufsichtsrats Tätigkeit hinausgehende Beratung frei vereinbart und honoriert werden, wenn die Satzung keine Sonderregel vorsah. Der Vorstand konnte so die Loyalität eines Aufsichtsratsmitglieds belohnen oder unerwünschtes Verhalten sanktionieren.⁵⁾ § 95 Abs 5 Z 12 AktG⁶⁾ stellt eine erst mit dem GesRÄG 2005⁷⁾ eingeführte, für die Bewältigung von mit der bisherigen Praxis einhergehenden Interessenskonflikten wesentliche Norm dar.⁸⁾ Der Abschluss von Verträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen⁹⁾

zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten, bedürfen der beschlussmäßigen Zustimmung des Aufsichtsrats.¹⁰⁾ Die Schutzwirkung erstreckt sich rechtsformunabhängig auf mittelbare wie unmittelbare Tochtergesellschaften. Die sogenannte Umgehungsregelung¹¹⁾ in § 95 Abs 5 Z 12 Satz 2 AktG (ident § 30j Abs 5 Z 10 Satz 2 GmbHG) bestimmt, dass das Gleiche gilt, wenn die Gesellschaft Verträge mit einem Unternehmen schließen möchte, an dem ein Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Inte-

- Urteil zu 28 R 98/11 d v 7. 7. 2011; der oRevRek wurde gem § 62 Abs 1 AußStrG nicht zugelassen.
- Nachweise bei *Kalss*, *Beratungsverträge und sonstige Organgeschäfte von Aufsichtsratsmitgliedern mit der Gesellschaft*, in *Kalss/Kunz*, *Handbuch für den Aufsichtsrat* (2010) 263 f.
- „Doppelte Analogie“ dahingehend, dass sich zunächst die Frage der analogen Anwendung des § 95 Abs 5 Z 12 AktG auf Aufsichtsräte einer Privatstiftung und anschließend jene der analogen Ausdehnung auch auf aufsichtsratsähnliche Beiräte stellt.
- Gleichzeitig machte der Abberufende geltend, die Stiftungsurkunde sehe für den Abschluss von „Rechtsgeschäften, die außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes der Stiftung liegen, oder die für die Stiftung von grundsätzlicher Bedeutung sind“, die vorherige Zustimmung des Beirats vor. Da eine solche Zustimmung nicht vorliegen würde, hätte der Vorstand keinen Rechtsanwalt mit der Einleitung eines Abberufungsverfahrens beauftragen dürfen. Das OLG Wien sprach zu diesem Thema (und zwar mit Verweis auf *Schinko in Straube*, UGB⁴ § 49 Rz 4, und *Strasser/Jabornegg in Jabornegg/Artmann*, UGB² § 49 Rz 19 f, zur umfänglich insoweit vergleichbaren Prokura) aus, dass die Erteilung einer Verfahrensvollmacht für ein Abberufungsverfahren entgegen dieser Meinung keineswegs außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs liegt; dass sich das Abberufungsverfahren notwendigerweise gegen ein Organmitglied richtet, ändert daran nichts.
- W. Doralt*, *Transparenz und Kontrolle bei related party transactions: Verträge der Gesellschaft mit ihrem Aufsichtsratsmitglied*, JBl 2008, 759 mit Verweis auf *Hopt/M. Roth*, AktG Großkommentar⁴ § 114 Rz 4 ff, und *Haberer*, *Corporate Governance* (2003) 192, 213.
- Ähnlich § 30j Abs 5 Z 10 GmbHG; beide entsprechen der L-Regel 48 des ÖCGK. In das PSG wurde eine vergleichbare Regel jedoch nicht aufgenommen.
- BGBI I 2005/59.
- Frotz/Schörghofer*, *Interessenskonflikte im Aufsichtsrat in Kalss/Kunz*, *Handbuch für den Aufsichtsrat* 678.
- ISd § 228 Abs 3 UGB also solche Unternehmen, die nach den Vorschriften über die Vollkonsolidierung in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens gem § 244 UGB einzubeziehen sind, das als oberstes Mutterunternehmen den am weitest gehenden Konzernabschluss gem §§ 244 bis 267 aufzustellen hat, auch wenn die Aufstellung unterbleibt.
- Die Befassung eines hierfür zuständigen Ausschusses ist gem § 95 Abs 5 iVm § 92 Abs 4 AktG zulässig.
- Straube/Rautner*, *GmbHG Wiener Kommentar I* § 30j Rz 99 mit Verweis auf *Kalss*, *SWK* 2006.

resse hat. Durch die Regelung sollte die Problematik der mit Aufsichtsratsmitgliedern häufig geschlossenen Beratungsverträge gelöst werden. Der Vorstand als überwachtes Organ soll Mitglieder des Aufsichtsrats nicht hinter dem Rücken und nicht ohne Billigung des Gesamtaufichtsrats honorieren oder sogar „kaufen“ können.¹²⁾

Anders als die deutschen Vorbilder §§ 114, 115 dAktG, die nur Dienstverträge und Werkverträge „höherer Art“ sowie Kreditverträge der Zustimmungspflicht unterwerfen, umfasst die österreichische Regelung sämtliche Vertragstypen, ausgenommen Verträge mit einem bloß geringfügigen Entgelt.¹³⁾ Nach den Überlegungen des österreichischen Gesetzgebers soll die Vorschrift nicht nur Verträge des Aufsichtsratsmitglieds mit der Gesellschaft oder mit verbundenen Unternehmen, sondern auch solche Verträge der Genehmigungspflicht unterziehen, die das Aufsichtsratsmitglied nicht persönlich abschließt – es ist bereits verpönt, wenn der Vertrag mit einem Unternehmen geschlossen wird, von dessen Geschäftstätigkeit das Aufsichtsratsmitglied wirtschaftlich profitiert.¹⁴⁾ Die Verfasser des ÖCGK dachten bei dieser Konstellation erklärtermaßen an Partner in einer Rechtsanwalts-gesellschaft und an den Vorstandsdirektor der Hausbank.¹⁵⁾ Das Gesetz normiert ganz absichtlich eine Ausdehnung nur auf der unternehmensbezogenen Seite, nicht aber auf der familienbezogenen Seite. Der Abschluss von Verträgen mit dem Ehepartner bzw mit Familienmitgliedern eines Aufsichtsratsmitglieds ist nicht mit einem erheblichen wirtschaftlichen Interesse des Aufsichtsratsmitglieds selbst gleichzusetzen.¹⁶⁾ Dem ist mE beizupflichten. Familienangehörige sind von Aufsichtsratsmitgliedern unterschiedliche Rechtspersonen und es ist unzulässig, diese generell als wirtschaftliche Einheit zu sehen.¹⁷⁾

C. Analogie oder „Abfärben“ auf Privatstiftungen?

Im Anlassfall hatte das abzuberaufende Mitglied des Stiftungsbeirats seine Argumentation auf *W. Doralt*¹⁸⁾ gestützt und ausgeführt, wesentlicher Normzweck des § 95 Abs 5 Z 12 AktG sei die Sicherung der Kontrollfunktion und die Wahrung der Unabhängigkeit gegenüber dem Vorstand. Mit der Vorteilszuwendung an ein Aufsichtsrats- bzw Beiratsmitglied durch den Vorstand gehe in der Regel eine Beeinflussung der kollektiven Willensbildung im kontrollierenden Gremium einher. Der Vorstand könne von dem betroffenen Aufsichtsratsmitglied erwarten, dass es Anliegen des Vorstands im Aufsichtsrat bzw Beirat fördere und gegebenenfalls durchsetze. § 95 Abs 5 Z 12 AktG sichere insbesondere die notwendige Transparenz, weshalb sich *W. Doralt* und *Fida*¹⁹⁾ in der Literatur auch für die Anwendbarkeit der genannten Norm hinsichtlich Privatstiftungen ausgesprochen hätten.

Der betroffene Antragstellervertreter machte geltend, dass es keine veröffentlichte Judikatur gibt, welche die analoge Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Bestimmung auf die Privatstiftung bejahen würde. *W. Doralt* und *Fida* seien vom Abzuberaufenden missverstanden worden, da beide Artikel gar nicht die Pri-

vatstiftung zum Thema hätten. Der Begriff des „*Unternehmens*“ in § 95 Abs 5 Z 12 zweiter Satz AktG müsse nach *Fida* richtigerweise teleologisch so interpretiert werden, dass die Umgehung der aktiengesellschaftsrechtlichen Zustimmungspflicht generell nicht allzu leicht gemacht werde. *Fida* stellte sich die Frage der Genehmigungspflicht auch beim Vertragsabschluss mit einer Privatstiftung, die in einem Naheverhältnis zum Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft stand. Er befand, dass die Tätigkeit als Stiftungsvorstand ebenso wie die Stellung als Begünstigter eine Genehmigungspflicht aufseiten des AG-Aufsichtsrats begründen würde. Auch *W. Doralt* behandelte ausschließlich die Problematik im Aktiengesellschaftsrecht und setzte sich mit der Frage auseinander, welche Konzernunternehmen genau als dem betreffenden Aufsichtsratsmitglied „*nahestehend*“ anzusehen sind. Dieser Begriff dürfe sich nicht bloß auf eine Beteiligung oder Organmitgliedschaft beschränken: „*Denn nach diesem Verständnis stünde ein Unternehmen dem Aufsichtsratsmitglied zB nicht ‚nahe‘, wenn seine Ehegattin sämtliche Anteile daran hält oder es zu diesem in permanenter, umfassender Konsulentenbeziehung steht; nicht einmal dann stand das Aufsichtsratsmitglied einem Unternehmen ‚nahe‘, wenn dieses sein Arbeitgeber war, aber das Aufsichtsratsmitglied nicht im Vorstand (Organmitglied), sondern als leitender Angestellter (etwa mit ergebnisabhängiger Prämie) tätig war.*“ *W. Doralt* schloss seine Ausführungen mit dem Kommentar, er halte es im Zusammenhang mit der Interpretation des Begriffs „*nahestehend*“ für überraschend, dass der Gesetzgeber offenbar gar nicht an die Privatstiftung gedacht hätte.

Weder *Fida* noch *W. Doralt* hatten also tatsächlich die analoge Anwendung von § 95 Abs 5 Z 12 AktG für Privatstiftungen postuliert. Auch *N. Arnold* lehnte einen analogen Lückenschluss und eine interpretative Erweiterung des Verweises des § 25 Abs 1 Satz 2 PSG ab.²⁰⁾ In der Literatur sprachen sich bislang, soweit ersichtlich, lediglich *Lindner/Zoller* dafür aus, dass gewisse Bestimmungen des ÖCGK auf Privatstiftungen „abfärben“ sollen, allerdings unter der Einschränkung,

12) *Reich-Rohrwig*, Erweiterung der AR-zustimmungspflichtigen Geschäfte, *ecolx* 2006, 35.

13) Die Frage der genauen Abgrenzung wurde leidenschaftlich diskutiert; die konkrete Zulässigkeitsentscheidung wird mE individuell im Einzelfall zu treffen sein und zwischen „*ganz und gar marginal und zwar absolut oder im Verhältnis zu der statutarischen Aufsichtsratsvergütung*“ (*Peltzer*, ZIP 2007, 306) bzw den „*Geschäften des täglichen Lebens*“ (Treibstoffkauf für das Privat-Kfz, Telefonanschluss am Wohnort, privates Girokonto; s Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Interpretationen zum ÖCGK, 24. 2. 2003) und der Obergrenze von € 5.000,- (*Fida*, Zur Genehmigungspflicht von Sonderverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, wbl 2006, 359) oder in Sondersituationen auch höher (*Kalss* in *Kalss/Kunz* 270) liegen.

14) ErläutRV 927 BlgNR 22. GP.

15) Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Interpretationen zum ÖCGK, 24. 2. 2003.

16) *Kalss* in *Kalss/Kunz* 275.

17) Auch in anderen Rechtsbereichen gibt es kein „kollektives Familienvermögen“; s *Limberg*, Immobilienmakler im Interessenkonflikt, *ecolx* 2011, 287.

18) *W. Doralt*, Transparenz und Kontrolle bei related party transactions: Verträge der Gesellschaft mit ihrem Aufsichtsratsmitglied, JBl 2008, 759.

19) *W. Doralt*, aaO; *Fida*, Zur Genehmigungspflicht von Sonderverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, wbl 2006, 359.

20) *N. Arnold*, PSG-Kommentar² § 25 Rz 30.

dass dies gelten solle, wenn die Privatstiftungen in Konzernstrukturen mit Kapitalmarktbezug „eingebaut“ seien.²¹⁾ Für eine analoge Anwendung des § 95 Abs 5 Z 12 AktG plädierten allerdings auch *Lindner/Zoller* nicht.

D. Die Lösung des OLG Wien

Das Erstgericht erstattete Ausführungen zu den Aufgaben des Beirats im Lichte des § 25 PSG sowie anhand der Stiftungsurkunde und befand, aus keiner dieser Vorschriften lasse sich die Notwendigkeit der Zustimmung des Beirats der Privatstiftung zur Vollmachts- und Auftragserteilung an einen Rechtsanwalt, der die Stiftung in einem Verfahren gegen ein Organmitglied vertreten soll, ableiten. Ob der Gesetzgeber die mit dem GesRÄG 2005 eingefügte Bestimmung der Z 12 in § 95 Abs 5 AktG mit Absicht oder aber versehentlich nicht in den Katalog des § 25 Abs 1 PSG übernommen hätte, sei nicht ersichtlich. Das OLG Wien bestätigte das erstgerichtliche Ergebnis, schloss sich *N. Arnold* an und wies darauf hin, dass das GesRÄG zwar § 95 Abs 5 die hier besprochene Z 12 anfügte und das GmbHG um § 30j Abs 5 ergänzte, § 25 Abs 1 Satz 2 PSG jedoch unverändert ließ. Insbesondere wurde kein Verweis auf § 95 Abs 5 Z 12 AktG darin aufgenommen. Dem Gesetzgeber könne nicht unterstellt werden, dass er zwar gleichermaßen das AktG und das GmbHG geändert, das PSG aber insoweit „übersehen“ hätte. Eine analoge Anwendung oder eine Erweiterung des Verweises des § 25 Abs 1 Satz 2 PSG scheidet daher aus.

N. Arnolds weiteres Argument, wonach das PSG für Aufsichtsrats- bzw Beiratsmitglieder kein § 17 Abs 5 vergleichbares zwingendes Verfahren zur Beseitigung potenzieller Interessenskonflikte unter Einschaltung des Gerichts vorsieht, überzeugt mE ebenfalls, auch wenn das OLG Wien diese Überlegung nicht erwähnte: Es sollte nicht vergessen werden, dass der Gesetzgeber das liechtensteinische Stiftungsrecht zum Vorbild hatte, als er das PSG konzipierte. Die dortige maßgebliche Bestimmung des § 66 lieTrUG (Art 932a PGR) lautet auch noch heute, nach der Reform des Personen- und Gesellschaftsrechts: „Jeder Treuhänder ist verpflichtet, einen Widerstreit seiner Interessen mit denjenigen des

Treuunternehmens oder der Beteiligten als solcher zu vermeiden und, soweit ein solcher bereits eingetreten ist, zu beseitigen.“ Eine dermaßen privatautonome Regelung, welche die Beilegung von Interessenskonflikten völlig in die Verantwortung der Betroffenen legt, deckt sich mit dem flexiblen und stark am Stifterwillen orientierten Grundkonzept des österreichischen PSG.

E. Resümee und eigener Ansatz

ME ist die klarstellende Entscheidung des OLG Wien sehr zu begrüßen, wenn es auch *de lege feranda* wünschenswert scheint, das Organgeschäftsverbot zukünftig auf gem § 22 Abs 1 PSG verpflichtend einzurichtende Aufsichtsräte auszudehnen. Das OLG Wien riss in der besprochenen Entscheidung interessanterweise noch ein weiteres Thema an, nämlich die Frage der Sanktion der Verletzung der Zustimmungspflicht. Die zustimmungspflichtigen Geschäfte, wie eben eines iSv § 95 Abs 5 Z 12 AktG, „sollen“ nicht ohne Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden. Dies bedeute aber lediglich eine Bindung im Innenverhältnis, im Außenverhältnis sei die zustimmungslose Vertretungshandlung des Vorstands wirksam. Das OLG entschied sohin, wenn auch nur recht kursorisch, im Bereich des Privatstiftungsrechts gegen die Meinung von *Hofmann*²²⁾ und *Kalss*,²³⁾ wonach in einem solchen Fall die Verkehrsschutzregelung infolge Vollmachtsmissbrauchs nicht gelten soll. Ob dieses Ergebnis in jedem Fall gerechtfertigt ist, wird mE zu hinterfragen sein.

Soweit es gewünscht ist, für eine Privatstiftung freiwillig eine § 95 Abs 5 Z 12 AktG nachempfundene Regelung zu treffen, lässt sich dies ohneweiters in der Stiftungsurkunde umsetzen; sollten keine Änderungsrechte vorbehalten sein, kann man in einem gerichtlichen Genehmigungsverfahren nach § 33 Abs 2 zweiter Satz PSG mE wohl gut argumentieren, das gestiegene Bewusstsein für eine gute Governance erfordere die Anpassung an geänderte Verhältnisse.

21) *Lindner/Zoller*, Die Privatstiftung als Baustein der Corporate Governance, ZFR 2006, 90.

22) *Hofmann*, Missbrauch von Formalvollmachten 51 f.

23) *Kalss*, aaO.

→ In Kürze

Geschäfte zwischen der Privatstiftung und einem Aufsichtsrats- bzw Beiratsmitglied bedürfen, sofern dies nicht in der Stiftungsurkunde bestimmt wurde, keiner Genehmigung des Aufsichtsrats oder Beirats. Die Erteilung einer Prozessvollmacht für ein Organabberufungsverfahren stellt kein genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs dar. Das Übergehen von Zustimmungspflichten stellt bloß eine Pflichtwidrigkeit dar, die zustimmungslose Vertretungshandlung des Vorstands bleibt wirksam.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Mag. Peter Melicharek ist Rechtsanwalt in Wien und praktiziert vorwiegend im Bereich des Stiftungsrechts und der stiftungsrechtlichen Prozessführung.
E-Mail: pm@advocatur-bureau.at

