

Hon.-Prof. RA Dr. Georg SCHIMA, Wien¹

Die Privatstiftung als Mittel zur Verkürzung von Gläubigerrechten?

I Einleitung

Im Tagungsprogramm des Veranstalters fehlte beim Thema das Fragezeichen am Ende des Satzes.

Dies gibt der Sache zwar mehr Dramatik; das Fragezeichen hat aber Bedeutung. Denn natürlich möchte der Verfasser keine Anleitung dafür geben, wie man mittels einer Privatstiftung Gläubigerrechte verkürzt oder leerlaufen lässt; vielmehr soll der folgende Beitrag (bei dessen Verfassung die Vortragsform im wesentlichen beibehalten wurde) einen Überblick (mehr kann es nicht sein) verschaffen über die verschiedenen Problemfelder, die im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz auftauchen, wenn eine Privatstiftung im Spiel ist.

Es geht dabei um drei, oder besser gesagt um vier, Themenkreise. Durch die jüngste Rsp des OGH ganz besonders im Zentrum steht und auch den unmittelbaren Anlass für den Vortrag bildet der Schutz der Gläubiger des Stifters. Stichworte dazu sind die Anfechtung der Widmung von Vermögen durch einen Stifter wegen Gläubigerbenachteiligung und der vom OGH in Form von zwei neuen Entscheidungen in Bezug auf das Widerrufsrecht und das Recht zur Änderung der Stiftungsurkunde bejahte exekutive Zugriff von Gläubigern des Stifters auf Stifterrechte. Zum Schutz der Gläubiger des Stifters gehört iwS aber auch das nicht minder aktuelle und ebenfalls den Gegenstand jüngster höchstgerichtlicher Jud bildende Thema der Verkürzung von Pflichtteilsansprüchen von Pflichtteilsberechtigten des Stifters aufgrund einer wesentliche Teile von dessen Vermögen erfassenden Stiftungserrichtung.

Der zweite Themenkreis betrifft den Schutz der Gläubiger der Stiftung, ein Thema, dem der Gesetzgeber, der die Stiftung offenbar primär als „Bankomat mit eigener Rechtspersönlichkeit“ verstanden wissen wollte, wenig Beachtung schenkte. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang insb die Ausschüttungssperre nach § 17 Abs 2 Satz 2 PSG, wonach der Stiftungsvorstand Ausschüttungen an Begünstigte nur tätigen darf, soweit Gläubiger nicht verkürzt werden.

Die dritte Fragengruppe betrifft den Schutz der Gläubiger von Begünstigten, eine Problematik, die eng mit einem vierten Problemkreis zusammenhängt, nämlich der Frage der Gläubigerstellung der Begünstigten selbst. Unter welchen Voraussetzungen haben Begünstigte einen durchsetzbaren, dh klagbaren Anspruch auf Auszahlung ihrer Begünstigung gegen die Stiftung?

¹ Dank gilt Dr *Natalie Seitz* für die Unterstützung bei der Vorbereitung des Vortrags und der Erstellung dieses Beitrages.

II Der Schutz der Gläubiger des Stifters

A Vorbemerkung

Wesentlicher Ausgangspunkt für die weiteren Darlegungen ist die Feststellung, dass die Vermögenswidmung an eine Privatstiftung nach mittlerweile wohl gefestigter Ansicht eine unentgeltliche, einer Schenkung ähnliche Zuwendung ist.² Daraus ergibt sich, dass grundsätzlich die Gläubiger des Stifters jenes Schutzes bedürfen, der Gläubigern eines Geschenkgebers von der Rechtsordnung zuteil wird.³

Daraus ergeben sich uU weitreichende Konsequenzen. Diese wurden im Zusammenhang mit der Gesetzwerdung des Privatstiftungsgesetzes vielleicht nicht von allen Kommentatoren so gesehen oder vielleicht im allgemeinen Privatautonomie-Taumel verdrängt, der damals vor allem die Beratungsbranche erfasst hatte.

Da war davon zu lesen, dass die Privatstiftung „eine weitere Möglichkeit“ sei, „den Pflichtteil naher Familienangehöriger zu kürzen oder zu beseitigen.“⁴ Bei Kalss⁵ findet sich der Satz: „Schließlich bietet sich die Privatstiftung als Instrument dafür an, durch Widmung von Vermögen die Ansprüche von Pflichtteilsberechtigten gänzlich abzuschneiden.“ Diese Einschätzungen sind – dies sei zur Vermeidung von Missverständnissen gesagt – auch nach der jüngsten Rsp des OGH noch keineswegs zur Gänze überholt, weil geschickte Vertragsgestaltung gerade in punkto Pflichtteilsansprüche nach wie vor sehr viel Spielraum vorfindet.⁶ Doch ist – dies kann man bei eingehendem Studium des Schrifttums konstatieren – die bei Inkrafttreten des Gesetzes noch teilweise zu beobachtende „Alles geht-Mentalität“ einer eher nüchtern-realistischen Betrachtung und der Einsicht gewichen, dass die Stiftung keine „Blackbox“ ist und die Rsp auf in der Praxis zunehmend beobachtete Missbräuche nunmehr – zumindest meinem Dafürhalten nach – sogar etwas überschießend reagiert.

Dem liechtensteinischen Gesetzgeber bereitete die erwähnte OGH-Judikatur anscheinend so viel Unbehagen, dass nach heutigem Stand mit der schon seit mindestens 2001 geplanten und nunmehr doch knapp vor der Realisierung stehenden, grundlegenden Stiftungsrechtsreform die Stifterrechte (wie das Widerrufsrecht oder der umfassende Änderungsvor-

2 Vgl zB *Helbich*, Die Privatstiftung als neue Rechtsform, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 1 (9f); *Eiselsberg*, Zehn Jahre österreichische Privatstiftung – Ausgewählte Fragen zum österreichischen Privatstiftungsrecht in *First Advisory Group, Advokaturbüro Dr. Dr. Batliner & Dr. Gasser*, FS Batliner: wissenschaftliche Beiträge zum Öffentlichen Recht und Stiftungsrecht (2004) 150 (153); *N. Arnold*, Privatstiftungsgesetz² (2007) § 4 Rz 46.

3 Dies gilt zB für das Anfechtungsrecht (vgl zB *N. Arnold*, PSG² § 4 Rz 46).

4 *Kirschner*, Die Privatstiftung von Todes wegen in *Constantia Privatbank*, Die Österreichische Stiftung (1993) 147 (155).

5 *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Privatstiftungsgesetz (1995) Einl Rz 34.

6 Vgl zB exemplarisch *Nowotny*, Fragen des neuen Privatstiftungsgesetzes, *GesRZ* 1994, 1 (11).

behalt in Bezug auf die Stiftungsurkunde) ausdrücklich dem exekutiven Gläubigerzugriff entzogen werden sollen.⁷

B Anfechtung, insbesondere Schenkungsanfechtung

Mit diesem Problemkreis möchte ich mich nicht lange aufhalten, denn es hieße in diesem Forum geradezu „Eulen nach Athen tragen“. Dabei handelt es sich auch um keine wirklich spezifisch stiftungsrechtliche Problematik, was nicht heißt, dass es nicht einige sehr spannende Rechtsfragen gibt,⁸ auf die hier aber aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden kann.⁹

Da die Widmung von Vermögen an eine Privatstiftung als unentgeltliche Verfügung angesehen wird – der Stifter erhält ja anders als bei der Gründung einer Gesellschaft keine einen Vermögenswert verkörpernden Anteile – kommen aber auch jene Anfechtungsregeln zur Anwendung, die

7 Art 552 PGR § 33 Abs 2 des Entwurfes gem Vernehmlassungsvorlage; im Bericht und Antrag der Reg an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein Nr 13/2008 ist die Regelung in § 36 Abs 2 zu finden („In ein Widerrufs- oder Änderungsrecht des Stifters kann nicht Exekution geführt werden.“). Unumstritten ist sie auch in Liechtenstein indes nicht, denn der Antrag der Reg Nr 13/2008 (120) gibt die Bedenken der Staatsanwaltschaft wieder, die die Bestimmung „aus der Sicht der Missbrauchsbekämpfung als stossend“ bezeichnet und betont, damit werde die liechtensteinische Stiftung „weiterhin internationaler Kritik ausgesetzt“ sein. Interessant ist die Begründung der Regierung, mit der sie den Bedenken der Staatsanwaltschaft eine Absage erteilt. „Asset protection“ – so die Sichtweise – sei „ein wesentliches Element für die Attraktivität eines Stiftungsrechtes. Dies gilt gerade auch im Hinblick auf den internationalen Wettbewerb. Befürchtungen, dass sich Betrüger und Kridatäre die Stiftung vermehrt zunutze machen werden, kann die Regierung nicht beitreten, weil die dafür vorgesehenen Instrumente des Gläubigerschutzes, vor allem das Anfechtungsrecht nach § 38, unberührt bleiben.“ Unmittelbar vor Abgabe des Manuskriptes erhielt ich freilich einen Hinweis eines in die liechtensteinische Stiftungsrechtsreform eingebundenen Experten, der mir mitteilte, der § 36 Abs 2 in Art 552 PGR werde „sicher fallen.“ Wenn dem so sein sollte, ist dies – soviel kann man nach der Diskussion innerhalb Liechtensteins diagnostizieren – kaum das Resultat innerer Einsicht der Verantwortlichen, dass eine derartige Exekutionsbeschränkung grob unsachlich, ja möglicherweise verfassungswidrig sei, sondern wohl in erster Linie auf den in den letzten Monaten im Zuge der „Steueraffäre“ entstandenen internationalen Druck zurückzuführen.

8 Vgl dazu zB Riedmann, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters (2004) 90ff.

9 ZB die Frage, ob ein dem Stifter vorbehaltenes Widerrufsrecht durch den Masseverwalter im Konkurs des Stifters ausgeübt werden kann (dafür N. Arnold, PSG² § 34 Rz 18a und die dort angeführten Autoren; dagegen Riedmann, Privatstiftung 115). Geht man mit dem OGH und der ganz hM von der Pfändbarkeit des Widerrufsrechts (siehe unten Punkt 2.6) aus, muss es auch in die Konkursmasse fallen (N. Arnold, PSG² § 34 Rz 18a). Das Widerrufsrecht wirft überhaupt interessante anfechtungsrechtliche Fragen auf (vgl zB OLG Wien 29. November 2005, 28 R 189/05b NZ 2006, 221 Ps 10 = ZfS 2006, 35 zur Anfechtbarkeit einer Unterlassung der Ausübung eines vorbehaltenen Widerrufsrechtes).

für unentgeltliche Verfügungen vorgesehen sind. Einschlägig sind insb die §§ 2 AnfO u § 28 KO, die die Anfechtung wegen Benachteiligungsabsicht regeln und die §§ 3 AnfO u § 29 KO betreffend die Anfechtung unentgeltlicher und ihnen gleichgestellter Verfügungen.¹⁰

Gem § 2 Z 1 AnfO u § 28 Z 1 KO sind solche Rechtshandlungen anfechtbar, die der Gemeinschuldner in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, in den letzten zehn Jahren vor der Anfechtung vorgenommen hat.

Diese Bestimmung kommt in der Praxis selten zur Anwendung, denn – wie Herr Prof Jellinek treffend zu sagen pflegte – für die Verwirklichung dieses Tatbestandes müssen zwei Idioten zusammenkommen: einer der einbekennt, es sei ihm darauf angekommen, die Gläubiger zu benachteiligen und ein zweiter, der die Kenntnis dieser Absicht zugibt.

Etwas einschlägiger ist da schon der zweite Tatbestand in § 2 Z 2 AnfO bzw § 28 Z 2 KO, wonach alle Rechtshandlungen des (Gemein)Schuldners anfechtbar sind, durch die die Gläubiger des Gemeinschuldners (auch Stifters) benachteiligt werden und die er in den letzten zwei Jahren vor der Anfechtung/Konkurseröffnung vorgenommen hat, wenn dem anderen Teil die Benachteiligungsabsicht bekannt sein musste.

Schließlich sind gem § 2 Z 3 AnfO bzw § 28 Z 3 KO alle Rechtshandlungen des (Gemein)Schuldners anfechtbar, durch die die Gläubiger des (Gemein)Schuldners (Stifters) benachteiligt werden und die er in den letzten zwei Jahren vor der Konkurseröffnung gegenüber seinem Ehegatten – vor oder während der Ehe – oder gegenüber anderen nahen Angehörigen oder zugunsten der genannten Personen vorgenommen hat. Dies gilt nicht, wenn dem anderen Teil zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung eine Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners weder bekannt war noch bekannt sein musste.

Unentgeltliche Verfügungen sind nach § 3 Z 1 AnfO u § 29 KO insb dann anfechtbar, wenn sie in den letzten zwei Jahren vor der Konkurseröffnung vorgenommen wurden, soweit es sich nicht um die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung und gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke oder um Verfügungen in angemessener Höhe handelt, die zu gemeinnützigen Zwecken gemacht wurden oder durch die einer sittlichen Pflicht oder Rücksichten des Anstandes entsprochen worden ist.

In Bezug auf die Stiftung ist anzumerken, dass die Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen durch die Einräumung einer Stellung als Begünstigter (soweit man diese als zulässig ansieht, worauf noch einzugehen ist) nicht als „Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung“ anzusehen ist, weil den Erblasser zu Lebzeiten keine Verpflichtung trifft, Pflichtteilsansprüche zu erfüllen. In den Nachlass fällt letztlich eben nur das, was vom Vermögen des Erblassers nach Abzug der Verbindlichkeiten übrig ist.¹¹

Zur Anfechtung ist darüber hinaus auf Folgendes hinzuweisen: nach der wohl als herrschend anzusehenden Auffassung soll die ursprünglich von Kralik im Bereich des Erbrechtes bzw des Pflichtteilsrechtes entwi-

10 Vgl N. Arnold, PSG² § 4 Rz 46.

11 Vgl Schauer, Privatstiftung und Erbrecht, in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts (2001) 13 (30ff).

ckelte und unten behandelte „Vermögensopfertheorie“¹² auch für das Anfechtungsrecht fruchtbar zu machen sein. Weiters sollen die Anfechtungsfristen erst ab den Zeitpunkt zu laufen beginnen, wenn der Stifter das Vermögensopfer wirklich erbracht hat, also insb nicht durch Ausübung eines Widerrufs- und/oder Änderungsrechtes ein Vermögensrückfluss an den Stifter denkbar ist. Dieser Auffassung sind aber *Isola/Vollmaier*¹³ mE überzeugend entgegen getreten und haben darauf hingewiesen, dass eine solche Auslegung genau genommen zu dem ziemlich absurden Ergebnis führe, dass vor Wegfall des Widerrufs- bzw Änderungsrechtes eine Anfechtung mangels anfechtbarer Rechtshandlung gänzlich ausschiede. Stifter können sich dann der Anfechtung durch einen entsprechenden Vorbehalt in der Stiftungserklärung überhaupt entziehen.

C Pflichtteilsverkürzung und Schenkungsanrechnung

Noch im Ministerialentwurf zum Privatstiftungsgesetz war die Bestimmung enthalten, dass das von einem Stifter einer Stiftung gewidmete Vermögen nicht in den Nachlass des Stifters fällt. An dieser Vorschrift wurde indes massive Kritik geübt und sie wurde nicht Gesetz. Wie *Schauer*¹⁴ zutreffend schreibt, wäre bei Realisierung dieses Planes eine völlige Zweigleisigkeit im Recht der Vermögensübertragung von Todes wegen die Folge gewesen. Für die Privatstiftung von Todes wegen gem § 8 PSG existieren auf dem Boden der geltenden Rechtslage bei der Errichtung keine erbrechtlichen oder sonstigen Privilegien.¹⁵

Schon sehr früh erkannt wurde im Schrifttum, dass die Errichtung einer Privatstiftung und die Vermögenswidmung an diese vor allem in Konflikt mit dem Pflichtteilsrecht geraten könnte. Neben der noch zu erörternden Frage, ob die Einräumung einer Rechtsstellung als Begünstigter ein taugliches Mittel zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen sei (dazu noch später), wurde vor allem die Frage der Schenkungsanrechnung diskutiert.¹⁶

Die diesbezüglichen Rechtsgrundlagen sind die §§ 785 und 951 ABGB, deren grundsätzliche Anwendung auf Vermögenswidmungen an Stiftungen der OGH schon in der Entscheidung vom 19. Dezember 2002¹⁷ bejahte.

Gem § 785 Abs 1 ABGB sind auf Verlangen eines pflichtteilsberechtigten Kindes oder des pflichtteilsberechtigten Ehegatten bei der Berechnung des Nachlasses Schenkungen des Erblassers in Anschlag zu bringen. Der Gegenstand der Schenkung ist im Nachlass mit dem Wert hinzuzurechnen, der für die Anrechnung gem § 794 ABGB maßgebend ist. Das bedeu-

12 *Ehrenzweig/Kralik*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts³ IV: Das Erbrecht (1983) 304.

13 *Isola/Vollmaier*, Der Zugriff des Gläubigers auf das Stiftungsvermögen des Stifters, ZIK 2006/44, 48 (50).

14 *Schauer* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen 15.

15 *Schauer* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen 15.

16 Vgl zB *Schauer*, Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 107 (129ff).

17 OGH 19. Dezember 2002, 6 Ob 290/02v ecolex 2003/129 = EFSIlg 100.599 = NZ 2003/49. Es ging dabei um die missbräuchliche Umgehung von Pflichtteilsansprüchen.

tet: Bei unbeweglichen Sachen der Wert zum Zeitpunkt des Empfanges und bei beweglichen Sachen der Wert nach dem Zeitpunkt des Erbanfalls.

Dieses Recht steht nach § 785 Abs 2 ABGB einem Kind nur hinsichtlich solcher Schenkungen zu, die der Erblasser zu einer Zeit gemacht hat, zu der er ein pflichtteilsberechtigtes Kind gehabt hat, dem Ehegatten nur hinsichtlich solcher Schenkungen, die während seiner Ehe mit dem Erblasser gemacht worden sind.

Nach § 785 Abs 3 ABGB bleiben Schenkungen unberücksichtigt, die der Erblasser aus Einkünften ohne Schmälerung seines Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Rücksichten des Anstandes gemacht hat. Besonders bedeutsam in diesem Zusammenhang ist der zweite Satz von § 785 Abs 3 ABGB: Unberücksichtigt bleiben danach auch Schenkungen, die früher als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers an nicht pflichtteilsberechtigte Personen gemacht worden sind. Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen unterliegen daher einer zeitlich unbefristeten Anrechnung.¹⁸

Vor allem beschäftigt das Schrifttum die Frage, ob bei der Zuwendung von Vermögen an eine Privatstiftung die Zweijahresfrist des § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB generell schon mit der Zuwendung beginnt oder erst dann, wenn der Stifter das „Vermögensopfer“ endgültig gemacht hat. Das ist nach überwiegender Ansicht dann nicht der Fall, wenn er sich den Widerruf der Privatstiftung vorbehalten hat und in diesem Fall als Letztbegünstigter auftritt und/oder wenn der Stifter sich die (umfassende) Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten hat, die ihn in die Lage versetzt, sich zB selbst als Begünstigten einzusetzen, den Vorstand neu zu bestellen, die die Begünstigten auswählende Stelle zu besetzen oder sich selbst als diese Stelle einzusetzen.¹⁹

In der Entscheidung vom 5. Juni 2007²⁰ hatte der OGH die Frage der Fristberechnung erstmals zu beurteilen. Der Erblasser hatte eine Privatstiftung errichtet, die neben dem Mindestvermögen von damals ATS 1 Mio mit Anteilen aus drei Gesellschaften ausgestattet war, die der Stifter in die Stiftung eingebracht hatte. In der Stiftungsurkunde behielt sich der Stifter das Recht zum Widerruf der Privatstiftung und ein umfassendes, dh inhaltlich nicht beschränktes Recht zur Änderung der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde vor. Zu Letztbegünstigten wurden die Rechtsnachfolger der Begünstigten bestimmt. Die Stiftungserrichtung erfolgte 1996, der Stifter starb acht Jahre danach, 2004. Alle Pflichtteilsberechtigten bis auf einen hatten Pflichtteilsverzicht abgegeben; dieser eine machte die Anrechnung der in die Stiftung eingebrachten Vermögenswerte auf seinen Pflichtteil jedoch im Gerichtswege geltend. Der OGH setzte sich mit den bis dahin vorhandenen Lehrmeinungen umfassend auseinander und gelangte zum Ergebnis, dass unabhängig davon, welcher im Schrifttum vorhandenen Strömung man den Vorzug gäbe, bei einem Widerrufsvorbehalt

18 Vgl Schauer in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch 131ff; Umlauft, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 193; Eccher in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar III³ (2006) § 785 Rz 3, 16.

19 Vgl Eiseisberg in FS Batliner, 153ff; N. Arnold, PSG² Einl Rz 23b.

20 OGH 5. Juni 2007, 10 Ob 45/07a GesRZ 2007, 437 = JBl 2007, 780ff.

des Stifters *und* einem umfassenden Änderungsrecht in Bezug auf die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde jedenfalls davon ausgegangen werden müsse, dass das für die Anwendung des § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB maßgebende „Vermögensopfer“ noch nicht, dh jedenfalls bis zum Tod des Stifters noch nicht, erbracht worden sei.

Die Entscheidung betraf in der Tat einen Fall, wo relativ problemlos ein gemeinsamer Nenner aus den bisherigen Stellungnahmen gebildet werden konnte und man bei Zugrundelegung der bei Anwendung des § 785 Abs 3 ABGB herrschenden „Vermögensopfertheorie“ zur Anwendung gelangen *musste*, dass der Stifter das Vermögensopfer mit der Zuwendung an die Privatstiftung noch nicht erbracht hatte.

Gleichwohl lässt die Entscheidung mehr Fragen offen, als sie beantwortet und ergeben sich auch weiterführende Probleme, die vom Höchstgericht in diesem Fall nicht zu beurteilen waren.²¹ Wenn man das Erkenntnis analysiert, dann muss man den Eindruck gewinnen, dass der OGH offenbar das Bestehen eines Widerrufsvorbehaltes und das Bestehen eines Änderungsrechtes in Bezug auf die Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde nicht als kumulative Kriterien ansieht, sondern eines der beiden Rechte genügen lässt, um das Vermögensopfer als noch nicht erbracht anzusehen.²²

Hier darf aber mE auf keinen Fall starr und schematisch vorgegangen werden. Denn entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob der Fristenlauf des § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB begonnen hat oder nicht, kann ja nur sein, ob der Stifter (Geschenkegeber) durch die Gestaltung der Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde den Zugriff auf zur Schenkungsanrechnung geeignetes Vermögen erlangen kann.²³ Der vorbehaltene Widerruf allein – dieser muss bei sonstiger Unwirksamkeit in der Stiftungsurkunde erklärt und kann nach Errichtung der Privatstiftung nicht mehr nachträglich begründet werden²⁴ – verschafft einen solchen Zugriff nur dann, wenn der Stifter Letztbegünstigter der Stiftung ist. Dies ordnet freilich § 36 Abs 4 PSG an, wenn in der Stiftungserklärung nichts anderes vorgesehen ist.

Daraus ergeben sich mE folgende Konsequenzen: Hat sich der Stifter nur den Widerruf vorbehalten, gleichzeitig aber (zwecks Vermeidung der Rechtsfolge des § 36 Abs 4 PSG) in der Stiftungsurkunde angeordnet, dass er nicht Letztbegünstigter ist, dann ist das Vermögensopfer nur dann nicht erbracht, wenn sich der Stifter gleichzeitig eine Änderung der Stiftungsurkunde vorbehalten hat, die es ihm ermöglicht, sich als Begünstigten oder als Letztbegünstigten einzusetzen.²⁵

21 Vgl *Eiselsberg* in FS Batliner, 155ff mwN.

22 Vgl *N. Arnold*, PSG² Einl Rz 23b.

23 IdS auch *N. Arnold*, PSG² Einl Rz 23b.

24 Ganz hM: vgl *K. Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 33 Rz 7, 24; OGH 26. April 2006, 3 Ob 217/05s RdW 2006/466, 505 = [Vollmaier], JBI 2007, 110; *N. Arnold*, PSG² § 34 Rz 5; aM *Nowotny*, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen 134.

25 So auch zutr *N. Arnold*, PSG² Einl Rz 23b; vgl auch OGH 5. Juni 2007, 10 Ob 45/07a GesRZ 2007, 437 = JBI 2007, 780ff; *Zollner*, Die neuen Herausforderungen an das Erbrecht / Stiftungsrecht und Pflichtteilsrecht – ein unlösbarer Widerspruch?, EF-Z 2008/2, 4.

Ist das mit dem Widerrufsrecht ohne Stellung als Letztbegünstigter kombinierte Änderungsrecht des Stifters dagegen zulässigerweise so begrenzt, dass die dem Stifter vorbehaltenen Änderungen keinen Vermögensrückfluss an ihn bewirken können, dann ist iSd § 785 Abs 3 ABGB endgültig gestiftet bzw geschenkt.²⁶

Hat sich der Stifter den Widerruf dagegen nicht vorbehalten (nach Eintragung der Stiftung kann er dies, wie gesagt nicht), dann ist das Vermögensopfer trotzdem nicht erbracht, wenn der Stifter ein Änderungsrecht hat, das eine Vermögensauskehr an ihn oder jedenfalls den Rückfluss von Vermögen gestattet.²⁷

Daneben kann man aber mit *Umlauf*²⁸ und *Eccher*²⁹ noch eine dritte Fallgruppe unterscheiden: Nämlich jene, wo der Stifter sich zwar weder den Widerruf noch das Recht zur (umfassenden) Änderung der Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde vorbehalten hat, dessen ungeachtet aber über so viel Einfluss in der Stiftung verfügt, dass er quasi jederzeit einen entsprechenden Vermögensrückfluss an sich selbst – und damit wirtschaftlich vergleichbar einem Schenkungswiderruf – bewirken kann.

Das PSG ermöglicht es dem Stifter ja, sich zB selbst auf Lebenszeit zum Vorstandsmitglied und Vorstandsvorsitzenden mit Dirimierungs- oder gar Alleinentscheidungsrecht zu bestellen, gleichzeitig die Begünstigten auszuwählen oder auch jene „Stelle“ zu besetzen, die die Begünstigten auswählt,³⁰ so dass es weder eines vorbehaltenen Widerrufs noch eines Änderungsvorbehaltes bedarf, damit der Stifter aus der Stiftung die zugewendeten Vermögenswerte ganz oder zum Teil wieder zurückbekommt.

Maßgebend sein können hier freilich nur *rechtliche* Einflussmöglichkeiten des Stifters; faktische entziehen sich hier einer näheren Bewertung, was nicht bedeutet, dass nicht die faktische Einflussnahme in extremen Fällen andere Rechtsbehelfe auszulösen vermag. Gerade bei Stiftungen ist es ja bekanntlich nicht selten so, dass der Stifter auch dann erheblichen Einfluss auf „seinen“ Vorstand und dessen Gebarung hat, wenn die Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde diesem Vorstand weitgehende Entscheidungsfreiheit einräumt.³¹

Sonderprobleme treten auf, wenn mehrere Stifter bestehen und diese nur gemeinsam ein Widerrufsrecht und/oder das Änderungsrecht in Bezug auf die Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde ausüben können.

In diesem Falle wird man richtigerweise das Vermögensopfer eines bei

26 Vgl *N. Arnold*, PSG² Einl Rz 21ff.

27 So richtig *N. Arnold*, PSG² Einl Rz 21ff; *Csoklich*, Zugriff auf Vermögen der Privatstiftung durch Gläubiger der Stifter und Begünstigten, ÖBA 2008, 416 (421).

28 *Umlauf*, Anrechnung 179ff.

29 *Eccher* in *Schwimmann*, ABGB III³ § 785 Rz 4.

30 Vgl *Eiselsberg* in FS Batliner, 158ff mwN.

31 Zur Frage der Maßgeblichkeit faktischer Einflussmöglichkeiten des Stifters für die Anwendbarkeit des § 12a Abs 3 MRG vgl *Vonkilch*, Einbringung von Gesellschaftsanteilen in eine Privatstiftung und § 12a MRG, imolex 2001, 330; *Gröss*, § 12a Abs 3 MRG: Stolpersteine beim Abschied vom Machtwechsel, ecolex 2004, 603 (604); *N. Arnold*, Die Privatstiftung im Anwendungsbereich des § 12a Abs 3 MRG, wobl 2003, 97 (99); *N. Arnold*, PSG² Einl Rz 19.

der Bewirkung eines Vermögensrückflusses auf die Zustimmung eines anderen Stifters angewiesenen Stifters dann als erbracht ansehen, wenn nicht dieser Stifter (ausnahmsweise) einen Rechtsanspruch gegen den/die anderen Stifter auf Mitwirkung am Widerruf oder am Änderungsvorbehalt hat.³²

Eine solche Mitwirkungsverpflichtung kann ausdrücklich – allenfalls auch in einem neben der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde in der Praxis nicht selten errichteten „dritten Dokument“ – verankert werden; sie kann aber nach den Umständen des Falles auch zB aus Treuepflicht abgeleitet werden.³³ Solche Umstände werden in der gerade besprochenen Konstellation ohne gesonderte Abreden freilich selten vorliegen. Es sind aber sehr wohl Fälle denkbar, wo sich eine solche Mitwirkungsverpflichtung der Mitstifter ergibt. Man denke zB an den Fall, dass ein Stifter auf sein Widerrufsrecht verzichten möchte, was – wie der OGH³⁴ erst jüngst klargestellt hat – nur durch eine Änderung der Stiftungsurkunde³⁵ und entsprechende Anmeldung zum Firmenbuch bewerkstelligt werden kann. Wenn dieser Stifter sich den Widerruf zwar allein, also ohne Mitwirkung anderer Stifter, vorbehalten hat, ein ihm vorbehaltenes Recht zur Änderung der Stiftungsurkunde aber nur gemeinsam mit anderen Stiftern ausgeübt werden kann, dann werden diese Mitstifter nach Treu und Glauben wohl verpflichtet sein, die bloß in der Erklärung des Verzichtes auf den Widerruf bestehende Änderung der Stiftungsurkunde mitzutragen.³⁶

Ein weiteres, in der Praxis schon diskutiertes Problem betrifft die Frage, ob die Privatstiftung – wie sie vom OGH bereits eingeordnet wurde – stets als „nicht pflichtteilsberechtigte Person“ iSd § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB zu qualifizieren ist. Wäre sie nämlich als pflichtteilsberechtigter Schenkungsempfänger einzustufen, dann unterlägen Vermögenszuwendungen an die Stiftung einer zeitlich unbegrenzten Anrechnung. Die Frage ist subtil und *Limberg*³⁷ hat sie mE zu Recht verneint, weil eine solche Konstruktion nur punktuelle Lösungen für ganz bestimmte Anwendungsfälle böte und außerdem durch die Anrechnung von Zuwendungen, die Begünstigte aus der Stiftung erhalten, dem Gedanken des § 785 ABGB auch Rechnung getragen werden kann. In Betracht käme die Qualifizierung der Stiftung als pflichtteilsberechtigter Person grundsätzlich – dies zur Erläuterung – dann, wenn ausschließlich oder überwiegend Pflichtteilsberechtigter die Begünstigten, also quasi die wirtschaftlichen Eigentümer sind.³⁸

32 Vgl ähnlich *N. Arnold*, PSG² Einl Rz 21ff.

33 Vgl *Eiselsberg* in FS Batliner, 153ff.

34 OGH 25. Mai 2007, 6 Ob 18/07a ecolex 2007/365, 867ff.

35 Diese wiederum bedarf – wie der OGH in der gerade zitierten Entscheidung klarstellte – bei einer Mehrheit von Stiftern und Fehlen einer abweichenden Vereinbarung gem § 3 Abs 2 PSG der Zustimmung aller Stifter.

36 Anderes kann indes dann gelten, wenn in concreto der Verzicht auf das Widerrufsrecht wegen Gläubigerbenachteiligung anfechtbar (oder gar unter dem Blickwinkel des § 156 StGB bedenklich) ist – diese Konstellation ist grundsätzlich denkbar: vgl *Csoklich*, ÖBA 2008, 431f – und die Mitstifter deswegen die Mitwirkung verweigern.

37 *Limberg*, Privatstiftung und Erbrecht (2006) 20 ff.

38 Dafür in der Tat vorsichtig *N. Arnold*, PSG² Einl Rz 23a mit sinnstörendem Fehler (es muss heißen „*nicht als nicht pflichtteilsberechtigter Person*“).

D Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen durch Einräumung der Begünstigtenstellung

Gut beratene Stifter, zumal solche, die mit ihrer Familie einigermaßen in Frieden leben, sorgen bei Errichtung einer Privatstiftung mit umfassender Vermögenswidmung durch entsprechende Regelungen in der Stiftungs-urkunde oder – praktisch relevanter – in der Stiftungszusatzurkunde dafür vor, dass die Pflichtteilsberechtigten im Austausch gegen die Einräumung der Begünstigtenstellung einen Pflichtteilsverzicht abgeben. Eine derartige Vorgangsweise ist rechtlich unproblematisch.³⁹ Schwierig kann es aber werden – und diese Fälle beschäftigen zunehmend die Gerichte – wenn einzelne Pflichtteilsberechtigte *keinen* Verzicht abgeben, was sie – abgesehen vom gelegentlichen Vorkommen querulatorischer Neigungen – vor allem dann tun werden, wenn sie die Einräumung der Begünstigtenstellung als gegenüber einem Pflichtteilsanspruch nicht vorteilhaft erachten. Wenn nun der Pflichtteilsanspruch auch durch Einräumung der Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung erfüllt werden kann, ließen sich viele Probleme in der Praxis recht einfach lösen, weil dann vor allem der sofortige Kapitalabfluss nach dem Tod des Stifters verhindert werden könnte.⁴⁰

Einschlägig sind die §§ 774 und 808 ABGB. Gem § 774 ABGB kann der Pflichtteil in Gestalt eines Erbteiles oder Vermächnisses, auch ohne ausdrückliche Benennung des Pflichtteiles, hinterlassen werden. Er muss dem Pflichtteilsberechtigten „*ganz frei bleiben*“. Jede den Pflichtteil einschränkende Bedingung oder Belastung ist ungültig. Wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein den Pflichtteil übersteigender Erbteil zugedacht wird, so kann sich eine Beschränkung oder Belastung nur auf den den Pflichtteil übersteigenden Vermögenswert beziehen.

§ 808 ABGB ordnet an, dass dann, wenn ein Pflichtteilsberechtigter zum Erben eingesetzt wird, dieser nicht befugt ist, sich auf die gesetzliche Erbfolge zu berufen und dadurch die Erklärung des letzten Willens zu vereiteln. Er muss die Erbschaft entweder aus dem letzten Willen antreten oder ihr ganz entsagen. Pflichtteilsberechtigte können die Erbschaft aber mit dem Vorbehalt ihres Pflichtteiles ausschlagen. Der Pflichtteilsberechtigte kann also aufgrund der zitierten Gesetzesvorschrift die vom Erblasser getroffene Entscheidung darüber, wie der Pflichtteil zu erfüllen ist, nicht vereiteln.⁴¹

In der Lehre wird überwiegend aus der gerade erörterten Gesetzeslage, wonach der Pflichtteil frei und ohne Belastungen zukommen muss, gefolgert, dass dieser sofort mit dem Tod des Erblassers fällig wird und der freien Verfügung des Pflichtteilsberechtigten überlassen werden muss. Daraus wird häufig weiters abgeleitet, dass ein Pflichtteilsvermächtnis mit hinausgeschobener Fälligkeit oder ein Rentenvermächtnis oder die Erfül-

39 Schauer in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen 32.

40 Schauer in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen 32.

41 Schauer in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen 33 unter Verweis auf die ganz hM (zB Welser in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ § 808 Rz 3; Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht 52f; OGH SZ 69/155, SZ 70/47).

lung in Form eines Fruchtgenussrechtes unzulässig und nicht als Erfüllung des Pflichtteilsanspruches tauglich sind.

*Schauer*⁴² hat aber schon vor einigen Jahren darauf hingewiesen, dass aus einer Entscheidung des OGH vom 15. Oktober 1998⁴³ eine Trendwende abgeleitet werden könnte. In dieser Entscheidung hatte das Höchstgericht es nämlich nicht beanstandet, dass der Erblasser seine pflichtteilsberechtigten Töchter zu Unterbeteiligten an einem auf den Erben übergegangenen OHG-Anteil gemacht hatte. Der OGH beurteilte die Unterbeteiligungen als Vermächtnisse, die einen schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung von Unterbeteiligungen begründeten und bejahte letztlich die Frage, ob es sich um eine taugliche Pflichtteilsdeckung handle. Dabei betonte das Höchstgericht den Aspekt der Erhaltung des Unternehmens und wies darauf hin, dass ein sofort in Geld zu entrichtender Pflichtteil die Fortführung des Unternehmens vor allem dann gefährde, wenn der Erbe nicht über ausreichend liquides, eigenes Vermögen verfüge. Der OGH zog sogar Parallelen zum bürgerlichen Anerbenrecht, wo ja durch gesetzliche Bestimmungen das Problem gelöst wird. Eine ungehinderte Verwertbarkeit könne aus § 774 ABGB nicht abgeleitet werden.

Ob diese Überlegungen wirklich auf die Stiftung und die Einräumung der Begünstigtenstellung übertragen werden können, lässt sich dennoch nicht ganz verlässlich beurteilen. Insbesondere wird das bei jenen Stiftungen fraglich sein, die in erster Linie Finanzanlagen, also ausreichend liquide Mittel halten, nicht aber Unternehmensbeteiligungen.

Voraussetzung dafür, dass die Einräumung der Begünstigtenstellung als taugliche Pflichtteilsdeckung qualifiziert werden kann, hat aber jedenfalls zu sein, dass dem Begünstigten ein klagbarer Anspruch gegen die Stiftung eingeräumt wird.⁴⁴ Denn eine Begünstigtenstellung, bei der den Begünstigten bloß eine Anwartschaft zusteht und der Vorstand zB völlig frei oder nach gebundenem Ermessen über die Auswahl der Begünstigten oder zumindest darüber entscheidet, wer welche Zuwendungen erhält, ist kein der Bewertung zugängliches Vermögen.

Auf die Frage, ob und wann Begünstigten einer Privatstiftung ein durchsetzbarer Anspruch gegen die Stiftung zusteht, wird unten noch einzugehen sein.

E Umgehung der Schenkungsanrechnung durch Zwischenschaltung einer Stiftung

Um der geschilderten Konsequenz der Schenkungsanrechnung wegen Nicht-Ingangsetzung der Zweijahresfrist des § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB zu entgehen, könnte ein Stifter auf die Idee verfallen, mittels Errichtung einer Stiftung und Einsetzung nur bestimmter Pflichtteilsberechtigter (eines von zwei Kindern) als Begünstigte/r mit anschließender Vermögensauskehr an diese/n Begünstigte/n das gewünschte Ergebnis, nämlich die Beseitigung des Pflichtteilsanspruches des Nichtbegünstigten (also zB des nicht geliebten Kindes), herbeizuführen.

42 *Schauer* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 33.

43 OGH 15. Oktober 1998, 6 Ob 189/98g, NZ 2000, 44 = RdW 1999, 68.

44 So ganz zutreffend *Schauer* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen, 35.

Es liegt auf der Hand, dass eine solche Vorgangsweise einer direkten Schenkung an einen Pflichtteilsberechtigten wirtschaftlich vergleichbar ist und bei einer solchen gem § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB e contrario die unbefristete Schenkungsanrechnung erfolgt.

Mit einem ähnlich gelagerten Fall hatte sich der OGH in seiner Entscheidung vom 19. Dezember 2002⁴⁵ zu befassen. Der Vater hatte zwei Söhne und eine Frau, schätzte offenbar aber nur einen Sohn, dem er vertraglich ein rund 450 ha großes Forstgut übergab. Mittels Aufhebungsvertrages wurden die Liegenschaftsübertragungen jedoch rückgängig gemacht; das Forstgut wurde gleichzeitig (taggleich mit dem Aufhebungsvertrag) in eine vom Vater errichtete Familienstiftung in Vaduz eingebracht. Begünstigter der Stiftung war der Sohn, dem vorher das Forstgut übergeben worden war.

Witwe und verkürzter Sohn beehrten vom anderen Sohn (nicht von der Stiftung) die Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet sei, eine Zahlung in der Höhe jener Mittel zu leisten, die im Nachlass des verstorbenen Vaters fehlten, um die Pflichtteilsansprüche der klagenden Parteien zu befriedigen, die sich unter Anrechnung der Schenkungen an den Beklagten ergäben. Die Rückgabe des Forstgutes an den Beklagten sei nur „formal“ erfolgt, das Forstgut dann aber an eine Stiftung mit dem Beklagten als deren Präsidenten übertragen worden.

Der OGH schloss sich im Wesentlichen der Auffassung von *Schauer* an und meinte, aus der Organisation einer Privatstiftung, in die der Erblasser sein wesentliches Vermögen eingebracht hätte, könne sich eine Umgehung der unbefristeten Anrechnung von Schenkungen an einen Pflichtteilsberechtigten ergeben.

Der zweiaktige Vorgang, nämlich die Rückübertragung des geschenkten Vermögens vom Sohn an den Vater und die anschließende Einbringung dieses Vermögens in die Stiftung, könne ein Umgehungsgeschäft sein. Ob ein solches im konkreten Fall vorliege, könne aber erst nach entsprechenden Feststellungen über den Stiftungszweck, die Rechtsstellung des Stifters, die Organe der Stiftung und die Regelungen über die Bestimmung der Begünstigten gesagt werden.

Auch das liegt auf der Linie der im Schrifttum von *Schauer*⁴⁶ und *Nowotny*⁴⁷ vertretenen Auffassung, weil es richtigerweise darauf anzu-kommen hat, ob die Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten unmittelbar auf den Willen des Stifters zurückzuführen ist. Dies kann zB geschehen durch Nennung des Begünstigten in der Stiftungserklärung, durch die spätere Auswahl des Begünstigten oder durch eine Einflussnahme auf die zur Auswahl befugte „Stelle“.

Was aber gilt, wenn der Begünstigte (Pflichtteilsberechtigte) vom Vorstand der Stiftung ausgewählt wird, der freilich de facto völlig unter dem Einfluss des Stifters steht?

45 OGH 19. Dezember 2002, 6 Ob 290/02v ecolex 2003/129 = EFSlg 100.599 = NZ 2003/49.

46 Vgl *Schauer* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch, 138 ff; *Schauer*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 251 (256 f); *Schauer* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen 32.

47 *Nowotny*, GesRZ 1994, 11.

Nowotny⁴⁸ hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es „wohl nur geringer kautelarjuristischer Gestaltungen... (bedürfe), um jene Zurechnungselemente, die eine Analogie zu den §§ 785, 951 ABGB tragen, zu durchschneiden.“

Insofern ist, wie schon erwähnt, die anlässlich der Einführung des Privatstiftungsgesetzes in Österreich verschiedentlich geäußerte Einschätzung nach wie vor nicht wirklich falsch, mittels einer Stiftung könnten die Pflichtteilsansprüche uU beseitigt oder durchkreuzt werden.

F Exekutiver Zugriff auf Stifterrechte

Wohl am meisten Aufsehen erregt hat in der stiftungsrechtlichen Rsp der letzten Jahre jene Entscheidung – genau genommen sind es zwei Entscheidungen vom selben Tag (dem 26. April 2006)⁴⁹ – des OGH,⁵⁰ in denen das Höchstgericht aussprach, dass das vom Stifter in der Stiftungserklärung vorbehaltene Recht des Widerrufs jedenfalls dann, wenn der Stifter nach der Stiftungserklärung oder gem § 36 Abs 4 PSG zumindest zum Teil Letztbegünstigter ist, und dass das vom Stifter vorbehaltene Recht zur Änderung der Stiftungsurkunde nach den Bestimmungen der §§ 331 ff EO (diese regeln die Exekution auf andere Vermögensrechte, die nicht zu den Forderungen gehören) gepfändet und letztlich nach den §§ 332 ff EO verwertet werden können. Einer solchen Pfändung und Verwertung stehe auch § 3 Abs 3 PSG nicht entgegen, wonach Rechte des Stifters, die Privatstiftung zu gestalten, nicht auf Rechtsnachfolger übergehen.

Die Auffassung des Verpflichteten (Stifters) im Verfahren, es handle sich sowohl beim Widerrufsrecht als auch beim Änderungsrecht um unübertragbare und nach herrschender Ansicht höchstpersönliche Gestaltungsrechte, die nicht in Exekution gezogen werden könnten, billigte der OGH nicht. Hierzu ist zu sagen, dass der OGH in einer einige Zeit davor ergangenen Entscheidung⁵¹ ausgesprochen hatte, dass ein Widerrufsrecht auch durch den Sachwalter des Stifters ausgeübt werden könne. Ebenso war vom OGH schon die Möglichkeit der Ausübung durch die Eltern eines minderjährigen Stifters mit pflegschaftsbehördlicher Genehmigung bejaht worden.

Der OGH berief sich in der Entscheidung auf die ganz überwiegende Lehrmeinung, die die Pfändbarkeit insb des Widerrufsrechtes, aber auch von Änderungsvorbehalten bereits bejaht hatte, wobei seine Feststellung, der Verpflichtete könne sich auf keine einzige Gegenmeinung berufen, nicht ganz zutreffend ist (zB wurde gegen die Möglichkeit einer Pfändung von Müller⁵² Stellung genommen).

Der OGH betonte, dass das Änderungsrecht des Stifters über das Wi-

48 Nowotny, GesRZ 1994, 11.

49 OGH 26. April 2006, 3 Ob 217/05s RdW 2006/466, 505 = [Vollmaier], JBI 2007, 110 und OGH 26. April 2006, 3 Ob 16/06h JBI 2007, 106.

50 Vgl dazu unmittelbar vor Drucklegung Csoklich, ÖBA 2008, 426ff.

51 OGH 11. September 2003, 6 Ob 106/03m RdW 2004, 89.

52 Müller/Rief, Der Widerruf der Privatstiftung – aus zivil- und steuerrechtlicher Sicht – (Teil I), FJ 1995, 2.

derrufsrecht sogar noch hinausgehe, weil ein solches Änderungsrecht – wenn es nicht in der Stiftungserklärung beschränkt sei – auch Änderungen des Stiftungszwecks, der Begünstigten und Letztbegünstigten, der Höhe und Fälligkeit von Zuwendungen erfasse und auf diese Weise dem Stifter sogar ein klagbarer Anspruch auf die Leistung von Zuwendungen verschafft werden könne.

Im Bewilligungsverfahren habe das Gericht die Frage, ob eine behauptete Forderung, deren Pfändung begehrt werde, auch rechtswirksam bestehe, noch gar nicht zu prüfen; nur wenn schon aus dem Exekutionsantrag oder aus den Akten das Nichtbestehen der Forderung hervorgehe, wäre der Antrag abzuweisen.

Noch weniger habe bei der Exekution auf andere Vermögenswerte der betreibende Gläubiger im Exekutionsantrag zu behaupten oder zu bescheinigen, dass das in Exekution zu ziehende Vermögensrecht verwertet werden könne. Zweck der Exekution auf andere Vermögenswerte sei es, die Exekutionsmöglichkeiten zu erweitern und sämtliche von anderen Exekutionsarten nicht erfasste, aber als Exekutionsobjekt in Betracht kommende Vermögensrechte des Verpflichteten zu erfassen, weshalb bei der Beurteilung, ob ein Vermögensrecht diesen Bestimmungen unterfalle und gepfändet werden dürfe, großzügig vorzugehen und im Zweifel die Exekutionsunterworfenheit anzunehmen sei.

Weiters verwies der OGH auf das im Recht der Personengesellschaften und Genossenschaften vorgesehene Rechtsinstitut der Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters, das eine Verwertung durch direkte Vollstreckung ermögliche. Daher gäbe es bei diesen Rechtsformen nicht die Möglichkeit, das Gesellschaftsvermögen dem Zugriff der Gläubiger der Gesellschafter zu entziehen. Wenngleich das PSG keine derartigen Bestimmungen enthalte, könne dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, durch Nichtregelung bewusst eine Lücke geschaffen zu haben. Es biete sich als tragbare Lösung nur die Heranziehung der §§ 331, 333 EO an (wobei sich der OGH auf *Grave*⁵³ und *K. Berger*⁵⁴ berief).

Es genüge für die Verwertbarkeit von Vermögensrechten im Exekutionswege, dass diese zum Vermögen des Verpflichteten gehörten, rechtlich selbständig und wenigstens ihrer Ausübung nach übertragbar seien, was auf das Änderungs- und Widerrufsrecht zutreffe.

Mehrmals betonte der OGH in dieser Entscheidung, es gehe auch nicht um die Pfändung eines einzelnen Gestaltungsrechtes des Stifters, sondern um seine „Gesamtrechte“ – ein Gesichtspunkt, der in seiner rechtlichen Bedeutung schwer einzuordnen ist und auch prompt Kritik hervorrief (dazu noch später).

Den OGH konnte auch nicht der Einwand des Verpflichteten überzeugen, dass die vom Höchstgericht schon davor bejahte Ausübung durch Sachwalter⁵⁵ oder durch obsorgeberechtigte Eltern des Stifters mit pfleg-

53 *Grave*, Die Privatstiftung aus rechtlicher Sicht – Ein Erfahrungsbericht, in *Tinti/Umdasch/Marenzi*, Sorgfalt und Verantwortung, FS Jakobjevich (1996) 13 (21).

54 *K. Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 34 Rz 7.

55 OGH 11. September 2003, 6 Ob 106/03m RdW 2004, 89; dazu zB *Hofmann*, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters, NZ 2007, 133.

schaftsbehördlicher Genehmigung nicht mit der im Exekutionswege erteilten Ermächtigung der Ausübung von Stifterrechten gegenüber einem betreibenden Gläubiger vergleichbar sei, weil letzterer ja nicht die Interessen des Stifters verfolge, der Sachwalter oder gesetzliche Vertreter dagegen schon von Gesetzes wegen dies sehr wohl zu tun habe.

In der österr Rechtsordnung gäbe es auch andere Rechte, die nicht abtretbar und nicht vererblich seien, wohl aber exekutiv gepfändet und sogar verpfändet werden könnten, wie zB das Vorkaufsrecht nach § 1074 ABGB.

Es könne – so der OGH schließlich – nicht entscheidend sein, ob die Möglichkeit der Exekutionsführung im dargelegten Sinn die wirtschaftliche Attraktivität der Privatstiftung mit Widerrufsvorbehalt einschränken könne, stehe es doch jedem Stifter frei, sich eines solchen Vorbehalts bei der Stiftungserklärung zu enthalten.

Der Einwand des Verpflichteten, nach den Intentionen des Gesetzgebers solle mit der Errichtung einer Privatstiftung die Verselbständigung des Stiftervermögens erreicht und dessen Verwendung an den einmal erklärten Willen des Stifters gebunden werden, lasse außer Betracht, dass in den Fällen, in denen sich der Stifter den Widerruf oder die Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten habe, von einer solchen „unveränderbaren Verselbständigung“ gerade keine Rede sein könne.

Sehr kryptisch ist dann der vom OGH gegen Ende des Erkenntnisses verwendete Satz, der lautet: „Zusammengefaßt ergibt sich: die dem Stifter gegenüber einer Privatstiftung zustehenden Gesamtrechte unterliegen ungeachtet der Bestimmung des § 3 Abs 3 PSG der Exekution nach §§ 331 ff EO, wenn er sich das Recht auf Widerruf vorbehielt und nach der Stiftungserklärung oder nach § 36 Abs 4 PSG zumindest zum Teil Letztbegünstigter ist, und/oder sich ein Änderungsrecht vorbehielt. Ob auch das Widerrufs- und das Änderungsrecht des Stifters alleine in Exekution gezogen werden können, ist hier nicht zu beurteilen.“⁵⁶

Diese Jud des OGH kam in Wahrheit nicht überraschend, wenn man den Meinungsstand im Schrifttum Revue passieren lässt, der schon vor den beiden Erkenntnissen zu registrieren war. Zumindest hinsichtlich des Widerrufsrechtes entsprach es seit vielen Jahren einer gewissen „kautelarjuristischen Rechtsüberzeugung“, dass die unter Widerrufsvorbehalt errichtete Stiftung eben nicht „gläubigerfest“ sei.⁵⁷

56 Die zwei Sätze passen inhaltlich nicht zueinander, denn im ersten Satz wird ja davon ausgegangen, dass eine Pfändbarkeit bei Existenz eines Widerrufsrechtes und/oder eines Änderungsrechtes gegeben ist, wohingegen im zweiten Satz offengelassen wird, ob die Pfändung nur des Widerrufsrechtes oder nur des Änderungsrechtes möglich ist. Möglicherweise ist das nur eine unbeabsichtigte semantische Unschärfe, die aber nichts daran ändert, dass man nicht genau weiß, was der OGH meint.

57 Vgl zB K. Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 34 Rz 7; K. Berger, Der Widerruf der Privatstiftung durch den Privatgläubiger des letztbegünstigten Stifters, RdW 1995, 334; Grave in FS Jakobjevich, 20ff; Briem, Die zivilrechtlichen Regelungen des Privatstiftungsgesetzes in Bank Austria, Privatstiftungsgesetz² (1998) 7 (20f).

Dass die Entscheidung dennoch gewisse Schwächen und rechtsdogmatische Unschärfen aufweist, lässt sich aber mE nicht leugnen und hat *Hofmann*⁵⁸ recht anschaulich aufgezeigt.

Insbesondere die vom OGH skizzierte Differenzierung hinsichtlich einer Zulässigkeit der Exekution in die „Gesamtrechte“ des Stifters und einer Pfändung bloß des Widerrufs- oder des Änderungsrechtes ist nicht überzeugend und wurde auch von *Vollmaier*⁵⁹ zu Recht kritisiert.

Das Bestreben des OGH, eklatanten Missbräuchen entgegen zu wirken, ist den Erkenntnissen schon deutlich anzumerken. Immerhin muss man in Erinnerung rufen, dass jedenfalls in einem der beiden Fälle der Stifter, nach Vorliegen rechtskräftig zugesprochener und beträchtlicher Forderungen der betreibenden Bank gegen ihn, eine Stiftung errichtete und in diese sein Vermögen einbrachte.

In diesem Fall hätte man freilich auch mit dem Anfechtungsrecht, nämlich der Schenkungsanfechtung, als Gläubiger zum Ziel kommen können, doch ist die unter Praktikern des Insolvenz- und Anfechtungsrechtes immer wieder geäußerte Einschätzung zu beachten, dass die Anfechtung in der Praxis weit seltener zu Erfolg führe, als dies die Lehre annehme⁶⁰.

Im Ergebnis ist aber der Ablehnung einer Pfändbarkeit von Stifterrechten durch *Hofmann* nicht zu folgen. Eine eingehende Auseinandersetzung damit würde den vorgegebenen Rahmen bei weitem sprengen. Daher nur ganz kurz: es ist natürlich richtig, dass mit Ermächtigung des betreibenden Gläubigers, Stifterrechte auszuüben – und dies gilt für das Änderungsrecht wohl noch mehr als für das Widerrufsrecht – der Stifterwille missachtet wird und es ist – auch das muss *Hofmann* zugegeben werden – die Ausübung durch einen den Interessen des Besachwalteten verpflichteten Sachwalter oder die Ausübung der Eltern eines minderjährigen Stifters materiell der Ausübung durch einen ausschließlich am Vermögensrückfluss interessierten betreibenden Gläubiger nicht vergleichbar.

Dennoch verstellt gerade bei der Erörterung dieses Problems die im Schrifttum gelegentlich zu beobachtende Mystifizierung des Stifterwillens den Blick auf das Wesentliche. Wenn nämlich dieser Stifterwille wie offenkundig im gerade diskutierten Anlassfall primär oder gar ausschließlich – ungeachtet vielleicht schön und kompliziert formulierter Urkunden über den Zweck der Stiftung – darin besteht, das Vermögen des Stifters dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, dann verdient dieser Wille keinen rechtlichen Schutz.⁶¹

58 *Hofmann*, Sind Stifterrechte wirklich pfändbar? ZfS 2007, 39.

59 OGH 26. April 2006, 3 Ob 217/05s RdW 2006/466, 505 = [*Vollmaier*], JBI 2007, 110 (113).

60 [*Vollmaier*], JBI 2007, 113. Auch das Strafrecht kann in so krassen Fällen eine scharfe Waffe sein. Der sein Vermögen (wenn gleich letztlich vielleicht erfolglos) dem Zugriff der Gläubiger entziehenden Stifter kann uU nach § 156 StGB (betrügerische Krida) verantwortlich gemacht werden. Dieses Delikts können sich über § 12 StGB als Beitragstäter auch die Mitglieder des Stiftungsvorstandes schuldig machen, wenn sie in Kenntnis der Absichten des Stifters an der Verbringung des Vermögens aktiv mitwirken.

61 Vgl. ähnlich *N. Arnold*, PSG² § 34 Rz 17 und 18b; Anm. von *Bollenberger* zur Entscheidung des OLG Wien vom 29. November 2005, 28 R 189/05b (gläu-

Auf die sich im konkreten Fall möglicherweise stellenden praktischen Fragen und Schwierigkeiten einer Exekution nach den §§ 331 ff EO, dh insb auf die Tücken des Verwertungsverfahrens hatte der OGH in seinen beiden Erkenntnissen nicht einzugehen.

Dazu kann hier auch im Einzelnen nicht Stellung genommen werden; nur ein paar Überlegungen seien beigezeichnet: wenn – wie der OGH ja an sich zutreffend hervorhebt – im Bewilligungsverfahren die Frage des Bestehens der Forderung oder gar deren Einbringlichkeit bzw die Verwertbarkeit gar nicht zu prüfen ist, könnte theoretisch der Fall eintreten, dass der betreibende Gläubiger aufgrund der vom ihm erteilten Ermächtigung die Stiftung widerruft, um dann festzustellen, dass er daraus mangels entsprechenden Kapitalrückflusses nicht befriedigt werden kann. Dieses Risiko besteht dem Grunde nach klarer Weise, weil der betreibende Gläubiger ja regelmäßig zunächst keinerlei Einblick darin hat, wie viel Vermögen der Stifter der Stiftung gewidmet hat. Wenn ich den OGH richtig verstehe, wonach die Pfändung des Widerrufsrechtes voraussetzt, dass der Stifter schon in der Stiftungserklärung oder aufgrund der Subsidiaritätsregel des § 36 Abs 4 PSG – nämlich bei Fehlen einer anderslautenden Bestimmung in der Stiftungserklärung – zumindest zum Teil Letztbegünstigter ist, sollte zumindest der Fall nicht eintreten dürfen, dass der betreibende Gläubiger die Stiftung widerruft, diese aufgelöst wird und es vielleicht sogar zu ganz erheblichen Vermögensflüssen an die Begünstigten kommt, der Stifter sich aber nicht darunter befindet.

Heiklere Probleme und uU eine ganze Prozessorgie könnte das Verwertungsverfahren bei der Pfändung des Änderungsvorbehaltes nach sich ziehen.

Wenn dieses Änderungsrecht mangels Einschränkung in der Stiftungsurkunde umfassend ist, berechtigt es – worauf der OGH hinweist – zu praktisch sämtlichen Änderungen, wovon nach richtiger und herrschender Meinung freilich die nachträgliche Verankerung eines Widerrufsrechtes ausgenommen ist, weil sich der Stifter dieses nach Eintragung der Privatstiftung nicht mehr nachträglich vorbehalten kann. Der betreibende Gläubiger, der eine bestimmte Summe Geldes zu beanspruchen hat, könnte einfach so ansetzen, dass er die Stiftungsurkunde dann durch Verankerung einer bestimmten Auszahlungsverpflichtung an den Stifter als Begünstigten abändert. Wenn diese Auszahlung vom Vorstand aber verweigert wird – zB deshalb, weil der Stifter selbst in diesem vertreten ist oder sich der Vorstand (richtiger oder unrichtiger Weise) auf die Ausschüttungssperre des § 17 Abs 2 Satz 2 PSG beruft, müsste der betreibende Gläubiger einen weiteren Schritt setzen und via Änderung der Stiftungsurkunde einen anderen Vorstand einsetzen. Ein Gläubiger, der dabei nichts dem Zufall überlassen will, zB eine Bank, könnte einen aus drei Bankangestellten oder drei Bankanwälten bestehenden Vorstand installieren und auf diese Art und Weise die Auszahlung unverzüglich bewirken.

Was dies im Einzelnen bedeutet, wenn der Betreuungserfolg für den Gläubiger erreicht und seine Forderung befriedigt ist, der der Stiftung aber

auf diese Art und Weise aufgedrängte Vorstand nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann und sich nun in seinem Amt „wohl fühlt“, soll hier nicht weiter erörtert werden. Mit etwas juristischer Fantasie lassen sich aber durchaus bizarre Szenarien entwickeln. Der Stiftungsvorstand kann in einer solchen Situation sehr gefordert sein; man wird ihm richtigerweise zumindest bei entsprechender Deckung durch die Stiftungsurkunde das Recht zubilligen müssen, die Auflösung und Liquidation der Stiftung dadurch zu vermeiden, dass er eine Ausschüttung an den Stifter zwecks Befriedigung des betreibenden Gläubigers und Einstellung der Exekution beschließt.⁶²

Konsequenz der Sichtweise des OGH ist, dass – weil die dargestellten Überlegungen betreffend die exekutive Verwertung ja nicht nur für die Einzelexekution gelten – im Konkurs des Stifters der Masseverwalter dessen pfändbare Stifterrechte ausübt.⁶³ Das OLG Wien⁶⁴ wählte in einer jüngeren Entscheidung einen etwas komplizierten Weg über die Konkursanfechtung der Unterlassung der Ausübung des Widerrufsrechtes, was grundsätzlich schon auch in Betracht kommt.

Wie *Bollenberger*⁶⁵ zutreffend herausstreicht, ergibt sich aus der Einstufung des Widerrufs- und des Änderungsrechts des Stifters als pfändbare Vermögenswerte durch den OGH auch die Konsequenz, dass der Verzicht auf diese Rechte Rechtshandlungen sind, die im Sinne des § 27 KO und § 1 AnFO Vermögen des (Gemein)Schuldners betreffen und daher ein geeignetes Anfechtungsobjekt sind.

Es kann ja vorkommen, dass ein Stifter, der sich ein Widerrufsrecht – und/oder ein Änderungsrecht – vorbehalten hat, bei Andrängen von Gläubigern und von seinen Beratern auf die Rsp des OGH hingewiesen, auf seine Rechte nunmehr verzichtet. Das ist im übrigen nur möglich, wenn der sich den Widerruf vorbehaltende Stifter gleichzeitig auch die Änderung der Stiftungsurkunde vorbehalten hat, weil – wie der OGH⁶⁶ ebenfalls jüngst richtig betonte – der nachträgliche Verzicht auf das vom Stifter vorbehaltende Widerrufsrecht nicht einfach als solches im Firmenbuch angemeldet werden kann, sondern zwingend eine Änderung der Stiftungsurkunde voraussetzt.

Die in der dargestellten OGH-Rechtsprechung aufgezeigten Möglichkeiten des exekutiven Zugriffs von Gläubigern des Stifters auf das der Stiftung gewidmete Vermögen durch Pfändung von Widerrufs- und Änderungsvorbehalten unterliegen freilich einer ähnlichen Grenze wie sie schon im Zusammenhang mit der möglichen Verkürzung von Pflichtteilsansprüchen und der „Vermögensopfertheorie“ erörtert wurde.

62 So jüngst auch *Csoklich*, ÖBA 2008, 427f.

63 Dafür *N. Arnold*, PSG² § 34 Rz 18a; *Isola/Vollmaier*, ZIK 2006/44, 48ff; *Bollenberger*, ZfS 2006, 26; *Karollus*, Gläubigerschutz bei der Privatstiftung, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000) 37 (59); aM *Riedmann*, Privatstiftungen 115.

64 OLG Wien 29. November 2005, 28 R 1889/05b, NZ 2006, Ps 10.

65 *Bollenberger*, Zugriff auf Stiftungsvermögen durch Gläubiger des Stifters, *ecolex* 2006, 641.

66 OGH 25. Mai 2007, 6 Ob 18/07a, *ecolex* 2007, 867.

Denn erfolgreich kann die Pfändung nur sein, wenn der betreibende Gläubiger durch die ihm erteilte Ermächtigung, die Rechte des in der Rolle des *Verpflichteten* befindlichen Stifters auszuüben, einen entsprechenden Vermögensrückfluss an den verpflichteten Stifter bewirken kann.⁶⁷ Daraus folgt wiederum, dass eine Pfändung und insb Verwertung ausscheidet, wenn bei einer Mehrheit von Stiftern das Widerrufsrecht nur gemeinsam oder jedenfalls nicht von dem verpflichteten Stifter allein ausgeübt werden kann oder wenn die vorbehaltene Änderung der Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde ebenfalls des Zusammenwirkens zweier oder mehrerer Stifter bedarf. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der verpflichtete Stifter ein entweder vertraglich eingeräumtes oder auf der Treuepflicht basierendes Recht auf Mitwirkung gegen die anderen Stifter hat.

Heikel kann es werden, wenn das Widerrufsrecht – was an sich zulässig ist – in der Stiftungserklärung von zusätzlichen Voraussetzungen, zB der Zustimmung des Stiftungsvorstandes und/oder eines Beirates, abhängig gemacht wird. Unter Umständen können solche Regelungen Gegenstand der Gläubigeranfechtung sein.⁶⁸

Welche Möglichkeiten die Pfändung des Änderungsrechtes des Stifters bietet, erkennt man dann, wenn man sich vergegenwärtigt, dass eine solche Pfändung unabhängig davon möglich ist, ob der verpflichtete Stifter der Stiftung selbst Vermögen gewidmet hat. Gläubiger, zB des Kindes eines Stifters, das nach dessen Tod allein ein Änderungsrecht eingeräumt erhält, können auf diese Art und Weise durch Pfändung des Änderungsrechtes auf das ursprünglich vom Vater gewidmete Vermögen greifen.⁶⁹ Wenn – was zulässig ist – das Änderungsrecht des Stifters in einer Weise beschränkt wird, dass nachträgliche Änderungen der Stiftungsurkunde keinen Vermögenszufluss an den verpflichteten Stifter bewirken können, wird die Exekution des betreibenden Gläubigers letztlich ins Leere gehen. Im Bewilligungsverfahren ist freilich, wie schon hervorgehoben, diese Frage noch nicht zu prüfen.

G Unterhaltsansprüche gegen den Stifter

Eine ebenfalls diskutierte Frage lautet, ob Stifter mittels Vermögenswidmung an eine Stiftung sich bestehenden Unterhaltsansprüchen entziehen oder diese schmälern können.⁷⁰

Diese Frage kann – darüber scheint im Ergebnis Konsens zu herrschen – verneint werden. Bemessensgrundlage sowohl für den Unterhaltsanspruch der Nachkommen als auch von geschiedenen Ehegatten ist das gesamte tatsächliche Einkommen des Stifters. Wenn der Stifter wesentliche Teile seines Vermögens in eine Stiftung eingebracht hat, deren Erträge nicht an ihn fließen, dann sind diese fiktiven Erträge seinem

67 Vgl N. Arnold, PSG² § 34 Rz 18.

68 N. Arnold, PSG² § 34 Rz 18.

69 Zur Pfändbarkeit des Änderungsrechtes des Stifters vgl N. Arnold, PSG² § 33 Rz 74ff.

70 Vgl dazu N. Arnold, PSG² Einl Rz 27; Eiselsberg in FS Batliner, 156 mwN.

Einkommen hinzuzurechnen, er ist daher auf das hypothetische Einkommen „anzuspannen“, das er ohne Stiftungserrichtung hätte.⁷¹

Dass mit dieser Feststellung allein dem Unterhaltsberechtigten noch nicht geholfen sein muss, weil es eben sein kann, dass der Stifter den aufgrund dieser fiktiven Anspannung ermittelten Unterhaltsanspruch *de facto* nicht leisten kann, versteht sich von selbst. In diesem Falle hat der Unterhaltsberechtigte als normaler Gläubiger des Stifters die bereits bisher dargelegten Möglichkeiten wie Schenkungsanfechtung, Absichtsanfechtung oder Pfändung von Widerrufs- oder Änderungsvorbehalten.

H Eheliche Vermögensauseinandersetzung und Stiftung

Auch bei der ehedüterrechtlichen Vermögensaufteilung kann die Errichtung einer Stiftung durch einen Teil zu Problemen führen. Denn der in den §§ 81ff EheG geregelte Anspruch auf Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse könnte durch die Vermögenswidmung an eine Stiftung gefährdet oder beeinträchtigt werden.⁷²

Der Aufteilung unterliegen das eheliche Gebrauchsvermögen und die ehelichen Ersparnisse; letzteres sind Wertanlagen jedweder Art, die die Ehegatten während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft angesammelt haben (§ 81 Abs 3 EheG). Wenn nun der Aufteilung nach dem Gesetz nur jene Vermögenswerte unterliegen, die im Zeitpunkt der Auflösung der Ehe vorhanden sind und von den Ehegatten gemeinsam erworben wurden, wäre Vermögen, das ein Ehepartner während aufrechter Ehe in eine Stiftung eingebracht hat, der Aufteilung entzogen.

Dem schiebt freilich § 91 Abs 1 EheG einen Riegel vor: Hat ein Ehegatte ohne ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des anderen frühestens zwei Jahre vor Einbringung der Klage auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe oder, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft vor Einbringung der Klage aufgehoben worden ist, frühestens zwei Jahre vor dieser Aufhebung eheliches Gebrauchsvermögen oder eheliche Ersparnisse in einer Weise verringert, die der Gestaltung der Lebensverhältnisse der Ehegatten während der ehelichen Lebensgemeinschaft widerspricht, so ist der Wert des Fehlenden in die Aufteilung einzubeziehen.⁷³

Die im Schrifttum weitgehend vertretene Meinung, die Errichtung einer Privatstiftung und Einbringung von Vermögen in diese sei *stets* eine Maßnahme, die der Gestaltung der Lebensverhältnisse der Ehegatten während der ehelichen Lebensgemeinschaft widerspräche, ist mit *Eiselsberg*⁷⁴ dahingehend zu relativieren, dass man diese Frage wohl nicht ohne Blick auf den Zweck der Stiftung und auf die in dieser vorgesehenen Begünstigten beantworten kann. Wird nämlich die Ehefrau des Stifters oder der

71 OGH 23. November 2000, 2 Ob 295/00x SZ 73/179; *Jud*, Die Privatstiftung in der Vermögensaufteilung bei Scheidung des Stifters, *GesRZ* 2007, 289 (296); *Eiselsberg* in FS Batliner 158.

72 Vgl *Csoklich*, Privatstiftung und Scheidung, *RdW* 2000, 402; *Eiselsberg* in FS Batliner 157.

73 Vgl dazu *N. Arnold*, *PSG*² Einl Rz 29; *Grave* in FS Jakobljevich 18.

74 *Eiselsberg* in FS Batliner 157.

Ehemann der Stifterin durch die Stiftung mitversorgt, ist uU eine andere Betrachtung geboten. Daneben ist der – wenn auch vielleicht eher theoretische – Fall denkbar, dass ein Ehepartner eines sehr vermögenden Ehepaars eine Stiftung errichtet und dieser zwar – absolut gesehen – beträchtliche Vermögenswerte widmet, die aber gemessen am Gesamtvermögen der Ehepartner nicht wesentlich ins Gewicht fallen und den Unterhalt des anderen Teiles gar nicht beeinträchtigen können.

Wurde die Stiftung im Zuge des stillschweigenden Einvernehmens mit dem anderen Ehegatten errichtet, scheidet die Einrechnung des der Stiftung gewidmeten Vermögens nach dem Gesetz aus. Aus dem bloßen Umstand der Einräumung der Begünstigtenstellung kann mE selbst auf eine stillschweigende Einwilligung des begünstigten Ehegatten noch nicht geschlossen werden, weil es sich bei der Errichtung der Stiftung um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt und es in der Praxis keineswegs selten ist, dass Begünstigte von ihrem „Glück“ gar nichts wissen.

Auch in Bezug auf die Zweijahresfrist des § 91 Abs 1 EheG wird in der Lehre – anknüpfend an einen Beitrag von *Csoklich*⁷⁵ – die Ansicht vertreten, dass die Frist erst zu laufen beginnt, wenn die Vermögenswidmung an die Stiftung „endgültig“ in dem Sinne ist, daß sie nicht durch Ausübung eines Widerrufs- und/oder Änderungsrechtes rückgängig gemacht werden kann.⁷⁶

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der OGH für den Bereich des Mietrechtes, nämlich in Bezug auf § 12a Abs 3 MRG, der die Möglichkeit der Anhebung des Mietzinses bei Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten beim mietenden Rechtsträger regelt, die Sphärentrennung zwischen Stifter und Stiftung ausdrücklich unabhängig davon bejaht hat, ob der Stifter sich ein Widerrufsrecht vorbehalten hat. So sprach der OGH in einer Entscheidung vom 12. Juni 2001⁷⁷ aus, dass bei Übertragung von Geschäftsanteilen an der Mehrheitsgesellschafterin der Mieter-GmbH an eine Privatstiftung eine Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten iSd § 12a Abs 3 MRG unabhängig davon eintrete, ob der Stifter sich einen Widerruf vorbehalten habe, was prompt massive Kritik hervorrief, weil gerade die Änderung der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten in solchen Fällen zumindest fragwürdig ist.⁷⁸

Dies bestätigte der OGH knapp danach in einem Erkenntnis vom 27. September 2001⁷⁹, wo die Übertragung sämtlicher Aktien an der Mieter-AG an eine neu errichtete Privatstiftung zu beurteilen war, in der der Stifter sich ein Widerrufsrecht vorbehalten hatte.

75 *Csoklich*, RdW 2000, 402ff.

76 Vgl *N. Arnold*, PSG² Einl Rz 29.

77 OGH 12. Juni 2001, 5 Ob 307/00h immolex 2001/75; vgl auch *Eiselsberg*, in FS Batliner 158.

78 Dagegen *Vonkilch*, immolex 2001, 330f; *Gröss*, ecolex 2004, 604; ebenfalls krit *Schauer*, § 12a Abs 3 MRG revisited: Alles zurück zum Start?, wobl 2004, 229 (230); dem OGH zust *N. Arnold*, Die Privatstiftung im Anwendungsbe- reich des § 12a MRG, wobl 2003, 97 (99); *N. Arnold*, PSG² Einl Rz 19.

79 OGH 27. September 2001, 5 Ob 228/01t, immolex 2002/47 = RdW 2002/77 = ecolex 2002/103.

Die Konsequenz aus dieser OGH-Rsp ist die für die Mieterin fatale Tatsache, dass die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes im Mietrecht einen zweiten Übertragungsvorgang bedeutet und neuerlich ein allfälliges Erhöhungsrecht des Vermieters auslöst.

I Gläubigerschutz durch § 1409 ABGB

Als Abschluss der Erörterung des Schutzes der Gläubiger des Stifters sei auf § 1409 ABGB hingewiesen. Nach dessen Abs 1 haftet derjenige, der ein Unternehmen oder Vermögen übernimmt, den Gläubigern unbeschadet der fortdauernden Haftung des Veräußerers für die zu diesem Vermögen oder Unternehmen gehörigen Schulden, die er bei der Übergabe kannte oder kennen musste, unmittelbar. Er wird von der Haftung insoweit befreit, als er an solchen Schulden schon so viel berichtet hat, wie der Wert des übernommenen Vermögens oder Unternehmens beträgt. Die Haftung ist eine Haftung „pro viribus“.

Diese Vorschrift kann bei Einbringung des gesamten Vermögens oder zumindest des wesentlichen Teiles⁸⁰ des Stiftervermögens in eine Privatstiftung zur Anwendung kommen und den Gläubigern des Stifters den Zugriff auf das Stiftungsvermögen sichern. Wann das „im wesentlichen gesamte Vermögen“ übertragen ist, welche quantitative Abgrenzung also maßgebend sein soll, hat die Rsp nach wie vor nicht geklärt. Die in Deutschland zum früheren § 419a BGB vertretene 10 %-Grenze⁸¹ dürfte zu großzügig sein, wenn man die in der Rsp immer wieder verwendete Formel ernst nimmt, es dürfe „nichts Erhebliches zurückbehalten“ werden.⁸²

J Der Schutz der Gläubiger der Stiftung

Der Gläubigerschutz ist im Privatstiftungsrecht schwach ausgeprägt. Denn der Gesetzgeber ging davon aus, dass Privatstiftungen keiner unmittelbaren unternehmerischen Betätigung nachgehen dürfen und werden, und damit eine mit der Eingehung von Schulden verbundene Beteiligung am Rechtsverkehr stark eingeschränkt sein würde.⁸³ Eine gewerbliche Tätigkeit darf nur als Nebentätigkeit ausgeübt werden; die Einbringung eines Unternehmens in eine Stiftung ist unzulässig; eingebracht werden dürfen nur Unternehmensanteile.

Diese Einschätzung des Gesetzgebers hat sich nur zum Teil als zutreffend erwiesen, weil sehr wohl Stiftungen, insb Unternehmensträgerstiftungen, gelegentlich hohe Verbindlichkeiten eingehen. Der Stiftung muss bei Errichtung ein Mindestvermögen von € 70.000,-- gewidmet werden, für dessen Vorhandensein die Mitglieder des Vorstandes auch zu haften

80 So wird der Begriff „Vermögen“ in § 1409 ABGB überwiegend verstanden (vgl zB OGH 13. September 2001, 8 Ob 51/01k JBI 2002, 256; *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar VI³ (2006) § 1409 Rz 13 mwN).

81 Vgl *Csoklich*, ÖBA 2008, 418.

82 So zB OGH 29. April 1981, 1 Ob 565/81 SZ 54/67; OGH 22. November 1995, 1 Ob 521/95 JBI 1996, 589; OGH 13. September 2001, 8 Ob 51/01k JBI 2002, 256.

83 *Kalss*, Zehn Jahre österreichisches Privatstiftungsrecht – ein Blick auf die Stiftung in Österreich, FS Batliner 138 (147).

haben. Dieser Kapitalaufbringungsschutz ist freilich nicht von einem den Kapitalgesellschaften vergleichbaren Kapitalerhaltungsschutz begleitet.⁸⁴

Aus § 9 Abs 2 Z 11 PSG, wonach die Stiftungserklärung die Festlegung eines Mindestvermögensstandes enthalten *kann*, der durch Zuwendungen an die Begünstigten die nicht geschmälert werden darf, wird ganz allgemein gefolgert, dass auch die Verbrauchs- oder Erträgnisstiftung zulässig ist, also eine solche, deren Zweck auf den Verbrauch des gewidmeten Vermögens ausgerichtet ist.⁸⁵

Die Zweckbestimmung durch den Stifter oder die Stifter schafft natürlich Möglichkeiten, implizit eine bestimmte Vermögensmasse festzuschreiben, die Stiftungsgläubigern dann als Haftungsfonds dienen kann. Denn wenn der Stifter den Erhalt eines Unternehmens als Stiftungszweck vorschreibt, dessen Anteile in die Stiftung eingebracht wurden, dann ist der Vorstand daran natürlich gebunden.

Eine zu vielen Diskussionen Anlass gebende Bestimmung enthält § 17 Abs 2 PSG. Der erste Satz klingt vertraut und ist aus dem Recht der Kapitalgesellschaften bekannt: Jedes Mitglied des Stiftungsvorstandes hat seine Aufgaben sparsam und mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen. Damit wird eine Haftung des Stiftungsvorstandes gegenüber der Stiftung begründet, vergleichbar § 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG.⁸⁶

Eine Besonderheit ist hingegen § 17 Abs 2 Satz 2 PSG. Danach darf der Stiftungsvorstand Leistungen an Begünstigte zur Erfüllung des Stiftungszwecks nur dann und so weit vornehmen, wenn bzw als dadurch Ansprüche von Gläubigern der Privatstiftung nicht geschmälert werden. Anwendungsbereich und Rechtsnatur dieser Ausschüttungssperre sind Gegenstand lebhafter wissenschaftlicher Diskussion.⁸⁷ Die herrschende Ansicht begreift § 17 Abs 2 Satz 2 PSG als Schutzgesetz zugunsten der

84 Vgl *Krejci*, Das zukünftige Privatstiftungsrecht weist noch Mängel auf, RdW 1993, 135 (137); *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch 13 (40); *N. Arnold*, PSG² § 4 Rz 44, § 17 Rz 61.

85 *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 1 Rz 45; *N. Arnold*, PSG² Einl Rz 10, § 4 Rz 44, § 17 Rz 61.

86 Vgl näher zB *Torggler*, Verantwortung und Haftung der Mitglieder von Stiftungsvorständen, *ecolex* 1998, 130; *Csoklich*, Haftung des Vorstandes einer Privatstiftung, RdW 1999, 253; *Arnold*, PSG² § 17 Rz 50ff. Dass die Besonderheit der Stiftung und ihres Zweckes für die konkrete Ausprägung spezifischer Sorgfaltspflichten des Vorstandes nicht ohne Bedeutung ist, versteht sich von selbst (vgl zB zur nicht nur aus liechtensteinischer, sondern zunehmend – mit dem Wegsterben der Stiftergeneration – auch aus österr Sicht immer interessanter werdenden Problematik der Führung sinnloser oder fragwürdiger Prozesse von Stiftungen oder ähnlichen Verbandspersonen gegen (potentielle) Begünstigte zur Wahrung von „Geheimhaltungsinteressen“ gegenüber geltend gemachten Auskunftsansprüchen *Schwärzler/Wagner*, Verantwortlichkeit im Liechtensteinischen Gesellschaftsrecht, RIW 2008, 45 (46).

87 Vgl *N. Arnold*, PSG² § 17 Rz 61 und Rz 64; *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 17 Rz 27; *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch 40.

Stiftungsgläubiger iSd § 1311 ABGB⁸⁸, dessen Verletzung Gläubiger der Stiftung dazu berechtigt, direkt die Mitglieder des Vorstandes in Anspruch zu nehmen.⁸⁹

Dagegen hat sich *Karollus*⁹⁰ primär mit dem Argument gewendet, auch die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH- und Aktienrechtes würden weitgehend einhellig nicht als Schutzgesetze zugunsten der Gesellschaftsgläubiger qualifiziert. Dem ist aber doch entgegenzuhalten, dass § 17 Abs 2 Satz 2 PSG – anders als die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH- und Aktienrechtes – nicht einen abstrakten, sondern einen ganz konkret an den im Einzelfall bestehenden Gläubigerinteressen orientierten Schutz bezwecken, weil der Stiftungsvorstand bei jeder Ausschüttung *aktuell* zu prüfen hat, ob vorhandene oder – und dies macht die Anwendung der Vorschrift zweifellos weniger präzise, als sie auf den ersten Blick zu sein scheint – mögliche (im Sinne von: die Bildung von Rückstellungen erfordernde)⁹¹ Gläubiger durch die Ausschüttung verkürzt werden bzw. werden könnten. Obwohl ich selbst kein allzu großer Anhänger der in den letzten Jahren eingetretenen „Schutzgesetzeinflation“ bin, halte ich in Bezug auf § 17 Abs 2 Satz 2 PSG die herrschende Meinung vom Schutzgesetzcharakter dieser Vorschrift zugunsten der Stiftungsgläubiger für überzeugender.

Die Konsequenz einer gegen § 17 Abs 2 Satz 2 PSG verstoßenden Ausschüttung ist richtigerweise, wie bei einer gegen das Einlagenrückgewährverbot verstoßenden Zahlung bzw. Leistung,⁹² die zivilrechtliche Unwirksamkeit – allenfalls Teilnichtigkeit – und das Bestehen eines Rückforderungsanspruches der Stiftung gegen den leistungsempfangenden Begünstigten.⁹³ Da die Zuwendung gegen ein gesetzlich zwingendes Verbot verstößt und die Vertretungshandlung des Stiftungsvorstandes demgemäß

88 Von einem Schutzgesetz sprechen auch schon die Gesetzesmaterialien, doch ist damit zumindest noch nicht gesagt, wer in den Schutzbereich einbezogen sein soll (zutr. *N. Arnold*, PSG² § 17 Rz 75).

89 *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch 36; *Csoklich*, RdW 1999, 261; *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch 282; *Dellinger*, Vermögensaufbringung ohne Vermögenserhaltung im Privatstiftungsrecht?, wbl 1994, 177 (179 und Fn 14); *Riel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 17 Rz 35; *Torggler*, ecolex 1998, 132; *N. Arnold*, PSG² § 17 Rz 75.

90 *Karollus* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen 46.

91 Vgl. *Csoklich*, RdW 1999, 256f; *N. Arnold*, PSG² § 17 Rz 65.

92 Vgl. zu den Rechtsfolgen einer gegen das Einlagenrückgewährverbot verstoßenden Leistung OGH 25. Juni 1996, 4 Ob 2078/96h RdW 1998, 593 = ecolex 1997, 437; OGH 19. November 2002, 4 Ob 252/02s GeS 2003, 161; OGH 22. Oktober 2003, 3 Ob 287/02f GesRZ 2004, 57 = GeS 2004, 149; *Doralt/Winner* in *MünchKomm AktG* II² § 62 Rz 121 f; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 293; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ (2006) § 52 Rz 72; *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz² (1999) § 82 Rz 19; *Karollus*, Gedanken zur Finanzierung im Konzern und zur Reichweite des Ausschüttungsverbotes, ecolex 1999, 323 (327); *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ § 879 Rz 184a; *Koppensteiner*, Zur Bedeutung der Verjährung nach § 83 Abs 5 GmbHG, § 56 Abs 4 AktG, GesRZ 2008, 75.

93 *N. Arnold*, PSG² § 17 Rz 68 mwN.

nicht wirksam ist, kann sich der Begünstigte nicht auf eine wirksame Leistung berufen. Wenn freilich dem Begünstigten bei seiner Unkenntnis von einem Verstoß gegen die Ausschüttungssperre (diese wird in der Praxis leicht vorkommen können) nicht einmal Fahrlässigkeit zur Last fällt, soll nach herrschender Meinung⁹⁴ der Rückforderungsanspruch der Stiftung ausscheiden. *N. Arnold*⁹⁵ möchte den Schutz des gutgläubig Erhaltenen auf das gutgläubig Verbrauchte beschränken, was ungefähr dem Vorbild des in der Jud vor fast hundert Jahren entwickelten und im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer regelmäßig angewendeten Schutzes (des Arbeitnehmers) vor der Rückforderung von gutgläubig empfangenen und zu Unterhaltungszwecken verbrauchten Leistungen⁹⁶ entspräche.

Unabhängig vom Rückforderungsanspruch der Stiftung gegen den oder die Begünstigten, haben die Stiftungsgläubiger wegen des erläuterten Schutzgesetzcharakters von § 17 Abs 2 Satz 2 PSG einen direkten Anspruch gegen die verantwortlichen Vorstandsmitglieder.⁹⁷

Bei der Abwicklung der Stiftung sind die aktienrechtlichen Regeln über den Gläubigerschutz gem § 36 Abs 2 PSG anzuwenden. Dem Gläubigerschutz dient auch die Verpflichtung zur Rechnungslegung nach UGB und die zwingende Abschlussprüfung; freilich gibt es keine Pflicht zur Veröffentlichung des Jahresabschlusses, und das Fehlen eines solchen ist auch nicht – wie im Kapitalgesellschaftsrecht – mit einer Ausschüttungssperre belegt (vgl § 18 PSG).⁹⁸

III Die Gläubigerstellung von Begünstigten

Wenn man an das Thema Privatstiftung und Gläubigerschutz bzw Gläubigerverkürzung denkt, hat man vielleicht nicht primär die Frage vor Augen, ob und unter welchen Voraussetzungen den Begünstigten einer Privatstiftung ein durchsetzbares Recht auf Leistung von Zuwendungen eingeräumt wird bzw werden kann, ihnen daher Gläubigerstellung verschafft wird. Die Beantwortung dieser Frage hängt aber eng mit dem bislang erörterten Themen zusammen, denn nur wenn der Begünstigte einen durchsetzbaren Anspruch gegen die Stiftung hat, kommt es richtiger Ansicht zufolge überhaupt in Betracht, dass der Erblasser den Pflichtteilsanspruch durch Einräumung der Stellung als Begünstigter einer vom Erblasser errichteten Privatstiftung liquidiert.⁹⁹ Nur wenn der Begünstigte einen durchsetzbaren Anspruch auf die Erbringung von Leistungen aus der Begünstigtenstellung hat, gibt es für die Gläubiger eines Begünstigten zugriffsfähige Vermögenswerte. Anderenfalls muss sich der Zugriff auf das beschränken, was der Stiftungsvorstand konkret zugunsten eines bestimmten Begünstigten als Ausschüttung beschlossen hat.

94 *Karollus* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen 47; *Riel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 17 Rz 40.

95 *N. Arnold*, PSG² § 17 Rz 68.

96 Das sog „Judikat 33“ (SZ XI/86) und die Folgejudikatur des OGH.

97 *Torggler*, *ecolex* 1998, 132; *N. Arnold*, PSG² § 17 Rz 75.

98 Darauf weist *Kalss* (in *FS Batliner* 147) zutreffend hin.

99 Vgl *Schauer* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen 35; und oben unter Punkt 2.4.

Dass Begünstigten ein durchsetzbarer Anspruch eingeräumt werden kann, ist zu Recht fast unstrittig.¹⁰⁰ Die vereinzelt vertretene Gegenmeinung, ein solcher Anspruch scheitere an der gerade besprochenen Ausschüttungssperre des § 17 Abs 2 Satz 2 PSG, überzeugt nicht. Die Konsequenz dieser Norm ist bloß, dass in dieser Höhe und nach Maßgabe der Reichweite der Ausschüttungssperre ein Anspruch *in concreto* nicht besteht.¹⁰¹

Es ist eine Frage der Gestaltung der Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde, ob Begünstigten ein durchsetzbarer Rechtsanspruch eingeräumt wird. Professionell gemachte Stiftungsurkunden und Stiftungszusatzurkunden sollten dies klar regeln. Es ist dabei nicht erforderlich, ausdrücklich die Formulierung zu verwenden, dass ein durchsetzbarer Anspruch besteht; bei entsprechender Gestaltung kann sich dies aus den Urkunden glasklar ergeben. Sieht die Stiftungsurkunde oder – der Praxis entsprechend – die Stiftungszusatzurkunde zB vor, dass der Stiftungsvorstand jährlich mindestens 80 Prozent des Jahresüberschusses der Stiftung auszuschütten *hat*, und sind die Begünstigten als prozentuelle Begünstigte mit konkretem Prozentausmaß definiert, kann an der Einräumung eines durchsetzbaren Rechtsanspruches kein Zweifel bestehen.¹⁰²

Die Durchsetzung eines allfälligen Rechtsanspruches kann für einen potentiell Begünstigten dennoch ein dornenvoller Weg sein. Denn auch bei Einräumung eines durchsetzbaren Rechtes durch eine Gestaltung wie die gerade erwähnte wird der Begünstigte dann nicht in die Lage versetzt, einen solchen Anspruch auch geltend zu machen, wenn er die Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde schlichtweg nicht kennt. Diesbezüglich schafft das Auskunftsrecht des § 30 PSG Abhilfe. Danach kann ein Begünstigter von der Privatstiftung die Erteilung von Auskünften über die Erfüllung des Stiftungszwecks sowie die Einsichtnahme in den Jahresabschluss, den Lagebericht, den Prüfungsbericht, die Bücher, in die Stiftungsurkunde und in die Stiftungszusatzurkunde verlangen. Kommt die Privatstiftung diesem Verlangen in angemessener Frist nicht nach, so kann das Gericht auf Antrag des Begünstigten die Einsicht, gegebenenfalls durch einen Buchsachverständigen, anordnen.

Da dieser Anspruch aber gem § 40 PSG im Außerstreitverfahren durchzusetzen ist, scheidet mit *N. Arnold*¹⁰³ die sich grundsätzlich anbietende Stufenklage gem Art XLII EGZPO aus. Eine solche „Stufenklage“ hätte vielmehr das Gericht so zu erledigen, daß es den Antrag auf Rechnungslegung und Bekanntgabe ins außerstreitige Verfahren verweist und die Leistungsklage abweist.

100 Vgl *N. Arnold*, PSG² § 5 Rz 47; *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 5 Rz 11; *Briem*, Die rechtliche Stellung des Begünstigten einer Privatstiftung in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen 77 (88); *Größ*, Rechtsfragen der Begünstigtenstellung in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen 205 (228ff); *Torggler*, Stiftungsvorstand und Begünstigte – Gewaltentrennung in Theorie und Praxis in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen 61 (76).

101 Vgl zu den verschiedenen zivilrechtlichen Deutungsversuchen *N. Arnold*, PSG² § 5 Rz 49.

102 Vgl *N. Arnold*, PSG² § 5 Rz 38 mwN.

103 *N. Arnold*, PSG² § 5 Rz 50; *Größ*, in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen 234.

Manchmal können Begünstigte freilich mit einem viel fundamentaleren Problem konfrontiert sein: Nämlich nicht zu wissen, ob sie überhaupt Begünstigte sind. Dieses Problem ist in unserem Nachbarland Liechtenstein, wo das Rechtsinstitut der sogenannten „hinterlegten Stiftung“, die in keinem Register aufscheint, geradezu wie ein Nationalheiligtum gehütet wird, noch aktueller.

Dieses Problem muss mit *N. Arnold*¹⁰⁴ mit Hilfe einer Analogie zu § 30 PSG gelöst werden, weil hier eine planwidrige Lücke vorliegt. Freilich wird man keinem Stiftungsvorstand und keiner Stiftung zumuten dürfen, dass jeder potentiell bei irgendeiner Stiftung Begünstigte den Vorstand mit der Frage behelligt, ob er vielleicht in dieser Stiftung Begünstigter sei. Vielmehr wird man die Glaubhaftmachung von Tatsachen verlangen müssen, die ein zumindest potentielles Naheverhältnis zu dieser Stiftung oder zum Stifter indizieren, also zB die Stellung eines Verwandten bzw Erben oder Pflichtteilsberechtigten darlegen müssen.

IV Schlussbemerkung

Zusammenfassend kann man mE in Anbetracht des geschilderten Meinungsstandes in der Literatur, insb aber angesichts der vor allem in den letzten Jahren ergangenen OGH-Entscheidungen, nicht sagen, dass die österr Privatstiftung ein allzu gut geeignetes Vehikel dafür ist, Gläubigeransprüche zu verkürzen.

Zu breit gefächert ist mittlerweile das Repertoire, das zumindest kundigen oder gut beratenen Gläubigern von Stiftern oder der Stiftung oder auch von Begünstigten zur Verfügung steht, um Zugriff auf das ihnen vorerst entzogene Vermögen zu erlangen.

Dass die Stiftung auch in Zukunft gelegentlich zu Gläubigerverkürzungszwecken eingesetzt werden wird, kann man wahrscheinlich schwer bezweifeln; sollte der liechtensteinische Gesetzgeber sein zu Beginn dieses Beitrages erwähntes Vorhaben¹⁰⁵ in die Tat umsetzen, Stifterrechte wie das Recht zum Widerruf der Stiftung und zur Änderung der Stiftungsurkunde (Statuten) dem Zugriff der Gläubiger gesetzlich zu entziehen, könnte es sein, dass in Zukunft Stifter, denen es auch stark darauf ankommt, das Vermögen jedwedem Zugriff von dritter Seite zu entziehen, vermehrt nach Liechtenstein ausweichen werden.

Dort wird „Asset Protection“ nach wie vor gleichsam als Staatsziel gesehen, wie man aus weiteren Ausführungen des Vernehmlassungsberichtes deutlich ablesen kann, wenn es zB heißt, dass die in Liechtenstein idR durchgeführte treuhänderische Stiftungserrichtung, welcher sich Personen, die die Errichtung einer Stiftung beabsichtigen, aus wirtschaftlichen, rechtlichen oder persönlichen Gründen bedienen, sowie die treuhänderische Verwaltung von Stiftungen, die regelmäßig durch qualifizierte liechtensteinische Treuhänder wahrgenommen werde, „für den Finanzdienstleistungsplatz essentielle Bedeutung“ besitzen. Daneben darf nicht vergessen werden, dass in Liechtenstein die ganz überwiegende Mehrzahl

104 *N. Arnold*, PSG² § 30 Rz 1 ff.

105 Vgl näher Fn 7.

der Stiftungen sog – an sich ursprünglich als Ausnahme gedachte – „hinterlegte Stiftungen“ sind, bei denen keine Eintragung ins Grundbuchs- und Öffentlichkeitsregister erfolgt.¹⁰⁶

In solche Gefilde wird Österreich Liechtenstein mE schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht folgen können, abgesehen davon, dass sich für eine solche einseitige Privilegierung von Stiftungen bzw Stiftern hierzulande wohl kaum eine politische Mehrheit fände.

Dennoch wird mE die liechtensteinische Gesetzesinitiative die österr Privatstiftung kaum in ihrer Bedeutung erschüttern können; dies hätte allenfalls der Gesetzgeber in der Hand, wenn er der Stiftung durch unbeachtete Vorgangsweise in Zusammenhang mit der Aufhebung der Schenkungssteuer das Lebenslicht ausblasen sollte. Dies erwartet aber hierzulande niemand ernsthaft.

106 Auch bei solchen hinterlegten Stiftungen muss aber die Behörde prüfen, ob ein verbotener oder sittenwidriger Zweck verfolgt wird oder eine Aufsichtspflicht umgangen wird. Dazu bedarf es der Vorlage der Stiftungsurkunde (Statuten), was in der liechtensteinischen Praxis dazu geführt hat, dass „Beistatuten“ – vergleichbar unserer Stiftungszusatzurkunde (die aber nicht einmal dem Finanzamt vorgelegt werden müssen) – geschaffen wurden, in denen das Wesentliche steht, wohingegen die Stiftungsurkunde weitgehend nichtssagend ist. Da diese Beistatuten auch nicht dem Grundbuchs- und Öffentlichkeitsregisteramt präsentiert werden, kann die Behörde in der Praxis (die mit den geltenden Vorschriften eigentlich nicht in Einklang zu bringen ist) ihrer sich ua auf den Stiftungszweck beziehenden Prüfpflicht gar nicht sinnvoll nachkommen.