

# I. Bestellung, Beendigung und Vertragsverhältnis

## A. Bestellung des Stiftungsprüfers

### 1. Allgemeines zur Bestellung des Stiftungsprüfers

Der Stiftungsprüfer ist gem § 14 Abs 1 PSG ein (obligatorisches) Organ der Privatstiftung. Die Funktion des Stiftungsprüfers ist daher mit seiner Organstellung untrennbar verbunden.<sup>1)</sup> Damit hat der Gesetzgeber seine besondere Bedeutung und Stellung herausgestrichen.<sup>2)</sup> Das Organ des Stiftungsprüfers ist unabhängig von der Größe, der Art und der Zwecksetzung der Stiftung sowie vom Ausmaß des Stiftungsvermögens einzurichten.<sup>3)</sup> Trotz der Organstellung wird der Stiftungsprüfer nicht in das Firmenbuch eingetragen und ist daher auch nicht aus diesem ersichtlich.<sup>4)</sup> Der Stiftungsprüfer ist unverzüglich nach dem Entstehen der Privatstiftung zu bestellen und nicht erst dann, wenn erstmals eine Prüfung erforderlich wird.<sup>5)</sup>

Als Stiftungsprüfer dürfen gem § 20 Abs 2 PSG nur beeedete Wirtschaftsprüfer und Steuerberater oder Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften oder beeedete Buchprüfer und Steuerberater oder Buchprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften bestellt werden. Daraus ergibt sich die ausdrückliche Zulässigkeit, dass auch eine juristische Person zum Stiftungsprüfer einer Privatstiftung bestellt werden kann.<sup>6)</sup> Die im § 20 Abs 2 PSG aufgezählten Berufsbefugnisse des beeedeten Buchprüfers bzw der Buchprüfungsgesellschaften wurden mit dem BGBl I 2006/161 abgeschafft und sind daher seither gegenstandslos. § 1 Abs 1 WTBG unterscheidet nur mehr zwischen Wirtschaftsprüfer und Steuerberater oder Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften<sup>7)</sup>. Steuerberatern und Steuerberatungsgesellschaften fehlt die Eignung zum

<sup>1)</sup> Fachgutachten KFS/PE 21 des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision vom 29. 6. 2010 (überarbeitet im September 2014) – Zu ausgewählten Fragen bei der Prüfung von Privatstiftungen Rz 4.

<sup>2)</sup> *Briem*, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12 (13).

<sup>3)</sup> *Ch. Nowotny*, Die Organisation der Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 145 (163).

<sup>4)</sup> *Arnold*, in *Arnold/Ludwig*, Stiftungshandbuch (2010) Rz 8/3.

<sup>5)</sup> Erläuterung zur Regierungsvorlage zum Privatstiftungsgesetz 1132 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates 18. GP zum § 20 Abs 1; *Bruckner/Fries/Fries*, Die Familienstiftung im Zivil-, Steuer- und Handelsrecht (1994) 49.

<sup>6)</sup> *Zollner*, Zur Höchstpersönlichkeit der Stiftungsprüfung, PSR 2012/45 (169).

<sup>7)</sup> *Arnold*, Privatstiftungsgesetz – Kommentar<sup>3</sup> (2013) § 20 Rz 3.

Stiftungsprüfer.<sup>8)</sup> Dies ergibt sich mE alleine schon daraus, dass § 5 Abs 2 Z 2 WTBG den Wirtschaftsprüfer zur Prüfung von Rechnungsabschlüssen, mit der die Erteilung eines förmlichen Bestätigungsvermerks verbunden ist, berechtigt, während der Steuerberater gem § 3 Abs 1 Z 4 WTBG nur Prüfungsaufgaben durchführen darf, die nicht die Erteilung eines förmlichen Bestätigungsvermerks erfordern. Bei der Prüfung eines Jahresabschlusses einer Privatstiftung, die der Stiftungsprüfer gem § 21 Abs 1 PSG durchzuführen hat, ist gem § 21 Abs 3 PSG iVm § 274 Abs 1 UGB ein förmlicher Bestätigungsvermerk zu erteilen. Nach Ansicht von *Arnold* müsste an die Stelle des § 20 Abs 2 PSG nunmehr der Begriff der Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften treten.<sup>9)</sup> Diese Begriffsänderung würde für mehr Transparenz sorgen und ist daher zu befürworten, allerdings ist der derzeitige § 20 Abs 2 PSG mE trotzdem eindeutig, da die Berufsbefugnis Steuerberater immer nur zusammen mit der Berufsbefugnis Wirtschaftsprüfer (bzw Buchprüfer) genannt wird und sich daraus ergibt, dass beide Befugnisse vorliegen müssen. De lege lata umfasst die Berufsbefugnis des Wirtschaftsprüfers gem § 5 Abs 2 Z 10 WTBG ohnehin auch die Berufsbefugnis des Steuerberaters, was auch durch § 84 Abs 1 Z 3 WTBG bekräftigt wird, wonach der Wirtschaftsprüfer auch die Berufsbezeichnung „beideter Wirtschaftsprüfer und Steuerberater“ führen darf.

Da es sich bei der Stiftungsprüfung um eine gesetzliche Abschlussprüfung handelt, muss der Stiftungsprüfer auch über eine aufrechte Bescheinigung nach dem A-QSG verfügen.<sup>10)</sup>

Der Stiftungsprüfer darf gem § 20 Abs 3 PSG weiters weder Begünstigter noch Mitglied eines anderen Stiftungsorgans, noch Arbeitnehmer der Privatstiftung, noch in einem Unternehmen beschäftigt sein, auf das die Privatstiftung maßgeblichen Einfluss nehmen kann, noch eine dieser Stellungen in den letzten drei Jahren innehabt haben, noch zusammen mit einer ausgeschlossenen Person seinen Beruf ausüben, noch ein naher Angehöriger gem § 15 Abs 2 PSG einer ausgeschlossenen Person sein. Die Ausschluss- und Befangenheitsgründe werden im Kapitel I.D „Unabhängigkeitsregelungen“ genauer behandelt.

Gem § 20 Abs 1 PSG ist der Stiftungsprüfer vom Gericht, ggf vom Aufsichtsrat zu bestellen. Dies bedeutet, dass der Stiftungsprüfer vom Aufsichtsrat zu bestellen ist, sofern ein solcher eingerichtet ist, andernfalls vom Gericht.<sup>11)</sup> Dass in der Formulierung des Gesetzes einleitend das Gericht genannt wurde, obwohl dieses nur dann primär für die Bestellung zuständig ist, wenn kein Aufsichtsrat eingerichtet ist, ist vermutlich darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber aufsichtsratslose Privatstiftungen als Standardfall gesehen hat. Dies

---

<sup>8)</sup> *E. Gruber*, in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PrivatstiftungsG (1995) § 20 Rz 8; *Arnold* in *Arnold/Ludwig Rz 8/2*.

<sup>9)</sup> *Arnold*, PSG § 20 Rz 3.

<sup>10)</sup> Fachgutachten KFS/PE 21 Rz 5; so auch *Birnbauer*, Wechsel des Stiftungsprüfers im Fall einer Gesamtrechtsnachfolge, GES 2013, 79 (81).

<sup>11)</sup> ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zum § 20.

entspricht auch der Praxis, denn zum Stand 31. 12. 2012 hatten nur 27 von 3.289 und somit weniger als 1% der Privatstiftungen einen Aufsichtsrat.<sup>12)</sup> Eine andere Ansicht vertritt *Csoklich*, wonach immer das Gericht die zwingende Kompetenz zur Bestellung des Stiftungsprüfers innehat, außer wenn dem Aufsichtsrat durch die Stiftungserklärung diese Bestellungskompetenz übertragen wurde.<sup>13)</sup> Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, zumal sie den Gesetzesmaterialien<sup>14)</sup> und somit dem Willen des Gesetzgebers widerspricht.

Eine wirksame Bestellung ist von großer Bedeutung, da eine Jahresabschlussprüfung, die aufgrund einer unwirksamen Bestellung durchgeführt wurde, nicht den Anforderungen des § 21 PSG entspricht, da die Prüfung in diesem Fall zwar von einem Wirtschaftsprüfer, nicht aber vom Stiftungsprüfer iSd § 20 PSG durchgeführt wurde, sodass bloß eine freiwillige Jahresabschlussprüfung vorliegt.<sup>15)</sup>

Die Bestellung des Stiftungsprüfers ist jedenfalls annahmebedürftig, wobei zweckmäßigkeitshalber vorsorglich eine Zustimmungserklärung gleich mit dem Antrag auf Bestellung des gewünschten Stiftungsprüfers eingereicht werden sollte.<sup>16)</sup> In der Abgabe der von den Gerichten üblicherweise in der Praxis verlangten Erklärung des Stiftungsprüfers, dass keine Unvereinbarkeit vorliegt, ist wohl zumindest konkludent eine Annahme der Bestellung durch den Stiftungsprüfer zu erkennen.<sup>17)</sup>

Im Vergleich dazu hat die Bestellung des Abschlussprüfers einer Kapitalgesellschaft, der nicht zu den Organen gezählt wird<sup>18)</sup> und daher weniger integriert ist als der Stiftungsprüfer,<sup>19)</sup> gem § 270 Abs 1 Satz 1 UGB durch die Gesellschafter zu erfolgen. Da die Privatstiftung im Gegensatz zu den meisten anderen juristischen Personen weder Eigentümer noch Mitglieder oder Gesellschafter kennt,<sup>20)</sup> sondern ein eigentümerloses Vermögen ist, dem Rechtspersönlichkeit zuerkannt wird<sup>21)</sup> und selbst der Stifter nach der Grundkonzeption weder Vorstandsmitglied noch gesetzliches Organ der Stiftung ist,<sup>22)</sup> konnte der

---

<sup>12)</sup> *Arnold*, PSG Einleitung Rz 7.

<sup>13)</sup> *Csoklich*, Folgen der Bereits-Entscheidung des OGH, *Kathrein & Co. Stiftungsletter* 2010/14, 13 (18).

<sup>14)</sup> ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zum § 20.

<sup>15)</sup> *Ro. Reiter/Re. Reiter*, Ausgewählte Fragen zum Stiftungsprüfer, *RWZ* 2012, 224 (228).

<sup>16)</sup> *Filnkössl*, Rechnungslegung und Prüfung der Privatstiftung, in *FS KPMG* (1996) 49 (59).

<sup>17)</sup> *Arnold*, PSG § 20 Rz 22.

<sup>18)</sup> *Kalss*, in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/238; *Arnold in Arnold/Ludwig* Rz 8/1; *Limberg/Tschugguel*, Die Privatstiftung – Leitfaden für Stifter, Vorstand, Begünstigte, Gläubiger (2010) 57.

<sup>19)</sup> *Eiselsberg*, Das neue Privatstiftungsrecht, *AnwBl* 1994, 407.

<sup>20)</sup> *Arnold*, PSG § 1 Rz 8.

<sup>21)</sup> OGH 15. 7. 1999, 6 Ob 74/99 x.

<sup>22)</sup> *Müller/Fischer*, Wieviel (Corporate/Foundation) Governance braucht die Privatstiftung? *ZfS* 2009, 112 (114).

Gesetzgeber diese Regelung nicht für Privatstiftungen übernehmen und musste daher eine abweichende Bestimmung in das PSG aufnehmen.

## 2. Bestellung durch den fakultativen Aufsichtsrat

Ein Aufsichtsrat einer Privatstiftung ist gem § 22 Abs 1 PSG dann zu bestellen, wenn die Anzahl der Arbeitnehmer der Privatstiftung 300 übersteigt oder die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften oder inländische Genossenschaften einheitlich leitet oder aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50% beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften bzw Genossenschaften im Durchschnitt 300 übersteigt und sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt. § 9 Abs 2 Z 4 PSG gibt dem Stifter die Möglichkeit, in der Stiftungserklärung die Einrichtung eines Aufsichtsrats festzulegen. Sind die Voraussetzungen für einen obligatorischen Aufsichtsrat nicht gegeben, steht es somit dem Stifter frei, die Einrichtung eines derartigen Gremiums in der Stiftungsurkunde anzuordnen (statutarisch obligatorischer Aufsichtsrat) oder die Rahmenbedingungen für die Einrichtung zu schaffen (fakultativer Aufsichtsrat).<sup>23)</sup> In Folge werden in dieser Arbeit der statutarisch obligatorische Aufsichtsrat und der fakultative Aufsichtsrat zusammen mit dem Überbegriff fakultativer Aufsichtsrat bezeichnet. Die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats hat gem § 10 Abs 2 iVm § 9 Abs 2 Z 4 PSG jedenfalls in der Stiftungsurkunde und nicht in der Stiftungszusatzurkunde zu erfolgen.

Zu untersuchen ist, ob auch einem fakultativen Aufsichtsrat die Kompetenz zur Bestellung des Stiftungsprüfers gem § 20 Abs 1 PSG zukommt. Das Gesetz gibt darüber keine Auskunft, die Erläuterungen zur Regierungsvorlage deuten mE mit dem Wortlaut „Der Stiftungsprüfer ist vom Gericht zu bestellen. Wenn ein Aufsichtsrat eingerichtet ist von diesem“<sup>24)</sup> mangels Unterscheidung zwischen einem obligatorischen und fakultativen Aufsichtsrat darauf hin, dass auch der fakultative Aufsichtsrat das Recht und die Pflicht hat, den Stiftungsprüfer zu bestellen. Die Rsp des OGH<sup>25)</sup> stellt jedenfalls für den Fall, dass eine Stiftungserklärung nur fakultativ die künftige Bestellung eines Aufsichtsrats vorsieht, klar, dass kraft Gesetz die Bestellung des Stiftungsprüfers ausschließlich dem Gericht obliegt.

Die hL<sup>26)</sup> bejaht die Kompetenz des fakultativen Aufsichtsrats, den

---

<sup>23)</sup> *Arnold in Arnold/Ludwig Rz 9/6.*

<sup>24)</sup> *ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zum § 20 Abs 1.*

<sup>25)</sup> *OGH 22. 6. 1995, 6 Ob 15/95.*

<sup>26)</sup> *Briem, Der Stiftungsprüfer, PSR 2012/16 (52); Arnold, PSG § 20 Rz 19; E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss § 20 Rz 2; Kraßnig, Besonderheiten der Jahresabschlussprüfung der Privatstiftung, Aufsichtsrataktuell 2010/5, 19 (19); Limberg/Tschugguel, Privatstiftung 58; Resumé-Protokoll des Workshops „Aktuelle Fragen zum PSG nach der Novelle 2010“, GesRZ 2011, 161 (161); Marschner, Die Optimierung der Familienstif-*

Stiftungsprüfer zu bestellen, während eine Mindermeinung<sup>27)</sup> dies verneint. *Gelter*<sup>28)</sup> bezieht sich dabei auf die im vorigen Absatz behandelte OGH-Entscheidung<sup>29)</sup>, die dieser jedoch unzutreffend interpretiert<sup>30)</sup>, da im zugrunde liegenden Sachverhalt kein Aufsichtsrat bestellt war, sondern die Stiftungsurkunde lediglich die Möglichkeit eines künftigen fakultativen Aufsichtsrats vorgesehen hat.<sup>31)</sup> *Kermann* begründet seine Ansicht damit, dass zwar in der Stiftungserklärung Regelungen oder Vorschläge für die Bestellung des Stiftungsprüfers enthalten sein können, jedoch die eigentliche Prüferbestellung immer Sache des Gerichtes bzw des obligatorischen Aufsichtsrats ist.<sup>32)</sup> Warum jedoch gerade nur dem obligatorischen Aufsichtsrat, nicht aber auch dem fakultativen Aufsichtsrat diese Kompetenz zukommen soll, ist dieser Literatur nicht zu entnehmen.

Es existiert noch keine Rsp des OGH darüber, ob einem bereits eingerichteten fakultativen Aufsichtsrat die Kompetenz zur Bestellung des Stiftungsprüfers zusteht. Allerdings stellte der OGH für GmbHs klar, dass der fakultative Aufsichtsrat dem obligatorischen Aufsichtsrat von Gesetz wegen insoweit gleichgestellt ist, als dessen Mitglieder im gleichen Umfang Pflichten und Rechte haben wie die Mitglieder eines obligatorisch zu bestellenden Aufsichtsrats.<sup>33)</sup> Es ist daher weiters zu untersuchen, ob Gründe existieren, die eine Nichtanwendung dieses Rechtssatzes auf die Privatstiftung rechtfertigen.

Da es bei der Privatstiftung im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften keine Gesellschafter gibt, entfällt die Kontrolle der Verwaltung durch diese, weshalb besondere Kontrollmechanismen vorgesehen werden müssen.<sup>34)</sup> Mit dem Stiftungsprüfer als Organ der Privatstiftung wird dem Vorstand daher ein Kontrollorgan zur Seite gestellt.<sup>35)</sup> Zu prüfen ist folglich, ob die Bestellung des Stiftungsprüfers durch den fakultativen Aufsichtsrat anstatt durch das Gericht zu einer Gefährdung dieses Zweckes führen kann. Dafür sprechen könnte, dass der erste Aufsichtsrat bei Errichtung der Privatstiftung gem § 24 Abs 1 PSG vom Stifter bestellt wird und sich dadurch der Stifter mit Einrichtung eines fakultati-

---

tion<sup>2</sup> (2011) Rz 152; *Kerres*, Stiftungsorgane in der Praxis, Kathrein & Co. Stiftungsletter 2003/4, 12 (17); *Brunnmayr* in *Hasch & Partner* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz (2003) 103; *Leiter/Zimmel*, Auswirkungen des URÄG 2008 auf Rechnungslegung und Prüfung von Privatstiftungen, in *Eiselsberg* (Hrsg), Stiftungsrecht Jahrbuch 2009, 243 (248); *Bernhart/Rath* in *Müller*, Handbuch Stiftungsmanagement (2014) Rz 746; *Müller* in *Müller*, Handbuch Stiftungsmanagement (2014) Rz 938.

<sup>27)</sup> *Gelter*, Rechnungslegung und Stiftungsprüfer, in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts (2001) 247 (271); *Kermann*, Rechnungslegung und Prüfung der Privatstiftung, in *Grabenwarter/Kermann*, Die Stiftung in der Praxis (2002) 175 (188).

<sup>28)</sup> *Gelter* in *Doralt/Kalss* 271.

<sup>29)</sup> OGH 22. 6. 1995, 6 Ob 15/95.

<sup>30)</sup> *Briem*, PSR 2012/16 (FN 1).

<sup>31)</sup> *Arnold*, PSG § 20 Rz 19.

<sup>32)</sup> *Kermann* in *Grabenwarter/Kermann* 188.

<sup>33)</sup> OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01 k.

<sup>34)</sup> ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP 17.

<sup>35)</sup> ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 14.

ven Aufsichtsrats einen höheren Einfluss auf die Bestellung des ersten Stiftungsprüfers schaffen könnte. Dagegen spricht jedoch, dass der Gesetzgeber für Privatstiftungen, die die Kriterien des § 22 Abs 1 Z 1 oder 2 PSG erfüllen, diese Regelungen vorsieht und gerade bei diesen Privatstiftungen eher von einem vermehrten Bedarf an besonderen Kontrollmechanismen auszugehen ist. Daher wäre es mE nicht konsequent, dem fakultativen Aufsichtsrat diese Befugnisse abzusprenken, während sie dem obligatorischen Aufsichtsrat zusteht. Außerdem hält sich der Stifter in der Praxis meist ohnehin einen ausreichenden Einfluss auf die Bestellung des Stiftungsprüfers im Rahmen des § 9 Abs 2 Z 2 PSG offen. Diese Option hat der Gesetzgeber bewusst ermöglicht, er wollte jedoch offensichtlich einer Kontrollinstanz mit gesetzlich geregelten Aufgaben die endgültige Entscheidung übertragen. Da für den fakultativen Aufsichtsrat grundsätzlich die Regelungen über den obligatorischen Aufsichtsrat vollinhaltlich gelten,<sup>36)</sup> ist kein bekräftigender Grund erkennbar, warum nicht auch dem fakultativen Aufsichtsrat diese Kontrollaufgabe zustehen sollte.

Aus den dargelegten Gründen steht mE auch dem fakultativen Aufsichtsrat die Kompetenz zur Bestellung des Stiftungsprüfers zu. Die Begründungen der Mindermeinung<sup>37)</sup> sind nicht konsequent und konnten daher nicht überzeugen.

### 3. Bestellung durch das Gericht bei Säumnis des Aufsichtsrats

Ist ein gem § 20 Abs 1 PSG für die Bestellung des Stiftungsprüfers zuständiger Aufsichtsrat säumig, sieht das Gesetz keine für den Stiftungsprüfer speziellen subsidiären Bestellbefugnisse vor. Allerdings hat gem § 27 Abs 1 PSG das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die nach Gesetz oder Stiftungserklärung vorgeschriebenen Mitglieder von Stiftungsorganen zu bestellen. Da der Stiftungsprüfer gem § 14 Abs 1 PSG Organ der Gesellschaft ist, ist diese Regelung auch auf den Stiftungsprüfer anzuwenden. Es ist nicht schädlich, dass § 27 Abs 1 PSG nur von den Mitgliedern eines Stiftungsorgans, nicht aber vom Stiftungsorgan selbst spricht,<sup>38)</sup> zumal aus den Gesetzesmaterialien<sup>39)</sup> eindeutig hervorgeht, dass auch bei Fehlen eines Organs insgesamt das Gericht tätig werden muss.

Antragsbefugt sind die Stiftung, jedes Stiftungsorgan und jedes Mitglied eines Stiftungsorgans, nicht jedoch Begünstigte, diese können die Bestellung eines Stiftungsprüfers nur anregen.<sup>40)</sup>

Eine Bestellung durch den Aufsichtsrat ist jedenfalls weiterhin möglich, solange eine gerichtliche Bestellung nicht erfolgt ist.<sup>41)</sup> Ab dem Beschluss des

---

<sup>36)</sup> *Arnold*, PSG § 20 Rz 19.

<sup>37)</sup> *Gelter* in Doralt/Kalss 271; *Kermann* in *Grabenwarter/Kermann* 188.

<sup>38)</sup> *Briem*, PSR 2012/16 (52); *Arnold*, PSG § 27 Rz 6.

<sup>39)</sup> ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 27 Abs 1.

<sup>40)</sup> *Briem*, PSR 2012/16 (52 f).

<sup>41)</sup> *Arnold*, PSG § 20 Rz 19.

Gerichtes über die Bestellung des Stiftungsprüfers verliert somit der Aufsichtsrat seine Bestellungskompetenz. Dies kann aus dem Zweck der Regelung nur für die versäumte Bestellung gelten, dh im Falle eines nur auf bestimmte Dauer gewählten Stiftungsprüfers, ist nach Ablauf der Funktionsperiode wiederum der Aufsichtsrat und nicht das Gericht für die Bestellung zuständig.

Klarzustellen ist jedenfalls, dass es nicht möglich ist, einem eingerichteten Aufsichtsrat die Befugnis zur Bestellung des Stiftungsprüfers zugunsten des Gerichtes in der Stiftungserklärung abzuerkennen, sondern das Gericht nur bei Säumigkeit des Aufsichtsrats eine subsidiäre Bestellbefugnis hat.<sup>42)</sup> Nach *Ch. Nowotny* ist jedoch der erste Stiftungsprüfer vom Gericht zu bestimmen, soweit nicht bereits in der Errichtungsphase ein Aufsichtsrat bestellt wird.<sup>43)</sup> Dem ist insoweit zuzustimmen, als der Stiftungsprüfer in der aufsichtsratslosen Errichtungsphase bestellt wird, da in diesem Fall mangels der Existenz eines Aufsichtsrats die primäre Bestellzuständigkeit gem § 20 Abs 1 PSG ohnehin beim Gericht liegt. Wird der Stiftungsprüfer (widrigerweise) erst später, dh nicht mehr in der Errichtungsphase, bestellt und existiert in der Zeit der Bestellung bereits ein Aufsichtsrat, so ist mE jedenfalls dieser und nicht das Gericht primär für die Bestellung des ersten Stiftungsprüfers zuständig, auch wenn der Aufsichtsrat in der Errichtungsphase noch nicht existierte.

Sind die objektiven Voraussetzungen, nämlich, dass kein Stiftungsprüfer bestellt ist, erfüllt, hat das Gericht kein Ermessen, ob es einen Stiftungsprüfer bestellt, es kann allerdings Ermessen dabei ausüben, wen es als Stiftungsprüfer bestellt und für welche Funktionsperiode, allerdings nur soweit keine Bestimmungen über die Funktionsperiode gem § 9 Abs 2 Z 2 PSG in der Stiftungserklärung vorliegen.<sup>44)</sup>

Fraglich ist, ob die Bestimmungen der Stiftungserklärung (s Kapitel I.A.5 „Gestaltungsmöglichkeiten der Stiftungserklärung“) über die Bestellung des Stiftungsprüfers auch dann für die subsidiäre gerichtliche Bestellung gelten, wenn sich diese Bestimmungen nicht generell auf die Bestellung des Stiftungsprüfers, sondern nur auf die Bestellungen durch den Aufsichtsrat beziehen. Im Gegensatz zum vermögensrechtlichen Teil der Stiftungserklärung ist bei der Auslegung des organisationsrechtlichen (korporativen) Teiles nicht dem Stifterwillen, sondern den für die Satzung juristischer Personen entwickelten Auslegungskriterien und somit einer am Wortlaut orientierten Auslegung der Vorrang einzuräumen.<sup>45)</sup> Bei dieser objektiven Auslegung ist auch der Zweck des Wortlauts im systematischen Zusammenhang zu berücksichtigen.<sup>46)</sup> Die Frage kann daher mE nicht allgemein beantwortet werden und muss für den Einzelfall geprüft werden, wird aber eher zu verneinen sein. Dieses Ergebnis ent-

---

<sup>42)</sup> *Krafsnig*, Aufsichtsrataktuell 2010/5, 19.

<sup>43)</sup> *Ch. Nowotny* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* 163.

<sup>44)</sup> *Arnold*, PSG § 27 Rz 12.

<sup>45)</sup> *Arnold*, PSG § 9 Rz 31 f; aA *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, Privatstiftungsgesetz (1993) 33.

<sup>46)</sup> OGH 27. 2. 2013, 6 Ob 135/12 i.

spricht auch der Ansicht von *Breinl*, wonach im (gegenteiligen) Falle, dass Vorschlagsrechte gegenüber dem Gericht in der Stiftungserklärung vorgesehen sind, diese nach Einrichtung eines Aufsichtsrats nicht auch gegenüber diesem gelten.<sup>47)</sup> Sieht jedoch die Stiftungserklärung nur für die gerichtliche Bestellung oder jeweils für die gerichtliche Bestellung und für die Bestellung durch einen ggf eingerichteten Aufsichtsrat unterschiedliche Regelungen vor, so sind mE die Regelungen für die gerichtliche Bestellung auch dann auf die subsidiäre gerichtliche Bestellung nach § 27 Abs 1 PSG anzuwenden, wenn sich die Bestimmungen auf die gerichtliche Bestellung gem § 20 Abs 1 PSG beziehen, außer die Stiftungserklärung regelt explizit das Gegenteil.

#### 4. Bestellung durch andere Stellen?

##### a. Allgemeines

Gem § 20 Abs 1 PSG ist der Stiftungsprüfer vom Gericht, ggf vom Aufsichtsrat zu bestellen. Da eine Festsetzung einer vom Gesetz abweichenden Regelung nur in der Stiftungserklärung möglich sein kann, ist zu untersuchen, ob es sich bei der Aufzählung der fakultativen Regelungen einer Stiftungserklärung in § 9 Abs 2 PSG um eine demonstrative oder um eine taxative Aufzählung handelt. Die Literatur<sup>48)</sup> und grundsätzlich auch die Gesetzesmaterialien<sup>49)</sup> gehen von einer demonstrativen Aufzählung aus. Dem ist aufgrund des Wortes „insbesondere“ zu folgen. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage sehen jedoch vor, dass die Stiftungserklärung nichts einer Bestimmung des PSG Entgegenstehendes anordnen darf, wenn eine Bestimmung keinen Vorbehalt für eine Regelung in der Stiftungserklärung enthält.<sup>50)</sup>

Als mögliche durch den Stifter gewünschte Gestaltungsmöglichkeiten wäre die Bestellung des Stiftungsprüfers in der Stiftungserklärung selbst, durch den Stifter, durch den Stiftungsvorstand oder durch einen Stiftungsbeirat denkbar. Die Möglichkeit dieser Varianten wird in den folgenden Unterkapiteln überprüft.

##### b. Bestellung in der Stiftungserklärung?

Die Variante, dass der Stiftungsprüfer direkt in der Stiftungserklärung bestellt werden soll, könnte mE wohl nur für die Bestellung des ersten Stiftungsprüfers, sei es ein auf bestimmte oder unbestimmte Zeit bestellter Stiftungsprüfer, gelten. Ansonsten müsste bei jeder Neubestellung des Stiftungsprüfers die Stiftungserklärung abgeändert werden.

---

<sup>47)</sup> *Breinl*, Typologie der Privatstiftung – Eine empirische Analyse der ersten 365 Stiftungsurkunden (1997) 108.

<sup>48)</sup> *Gassauer-Fleissner/Grave*, Stiftungsrecht<sup>2</sup> (2008) 24; *Huber*, in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PrivatstiftungsG § 9 Rz 6; *Arnold* in *Arnold/Ludwig* Rz 2/13; *Arnold*, PSG § 9 Rz 30.

<sup>49)</sup> ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 9 Abs 2.

<sup>50)</sup> ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 9.

Die hL<sup>51)</sup> verneint die Möglichkeit einer Bestellung des (ersten) Stiftungsprüfers in der Stiftungserklärung. Auch die Absicht des Gesetzgebers<sup>52)</sup> war es, eine unmittelbare Bestellung des Stiftungsprüfers in der Stiftungserklärung nicht zu ermöglichen.

In der Praxis wird jedoch die Bestellung des Stiftungsprüfers in der Stiftungsurkunde von manchen Firmenbuchgerichten anerkannt, wobei die Bestellung zwar gültig ist, jedoch nicht als Bestellung des Stiftungsprüfers in der Stiftungsurkunde, sondern als gerichtliche Bestellung des Stiftungsprüfers zu betrachten ist.<sup>53)</sup> Die Nennung des Stiftungsprüfers in der Stiftungsurkunde ist daher in diesen Fällen als unverbindlicher Vorschlag zu sehen, dem das Gericht gefolgt ist.

### c. Bestellung durch den Stifter?

Gem § 15 Abs 4 PSG wird der erste Stiftungsvorstand vom Stifter oder vom Stiftungskurator bestellt. Über eine Bestellung der nachfolgenden Stiftungsvorstände enthält der Paragraph keine Regelung. Auch der erste Aufsichtsrat wird gem § 24 Abs 1 PSG vom Stifter bestellt, die nachfolgenden Aufsichtsräte sind vom Gericht zu bestellen. Der Stiftungsprüfer ist dagegen gem § 20 Abs 1 PSG vom Gericht, ggf vom Aufsichtsrat zu bestellen. Eine abweichende Regelung für den ersten Stiftungsprüfer ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Die hL<sup>54)</sup> und die Rsp<sup>55)</sup> verneinen die Möglichkeit des Stifters, den Stiftungsprüfer zu bestellen. Es wird mE wohl darauf ankommen, ob die gem § 20

---

<sup>51)</sup> *Gassauer-Fleissner/Grave*, Stiftungsrecht<sup>2</sup> (2008) 46; *Vetter*, Die Aufgaben des Stiftungsprüfers – Aktuelle Rechtsfragen der Stiftungsprüfung, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000) 115 (116); *Gelter* in *Doralt/Kalss* (2001) 271; *Hilber*, Die Rolle des Wirtschaftsprüfers bei Privatstiftungen, RWZ 1999, 56; *Arnold*, PSG § 20 Rz 20; *Bruckner/Fries/Fries*, Familienstiftung 49; *Riel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PrivatstiftungsG (1995) § 9 Rz 63; *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 20 Rz 2; *Keller*, Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht (2006) 127; *Schwarz*, Die laufende Abschlußprüfung bei der Privatstiftung, in *Kofler/Nadvornik/Pernsteiner*, FS Vodrazka (1996) 690 (692); *Leiter/Zimmel* in *Eiselsberg* (Hrsg), Stiftungsrecht JB 2009, 248; *Perl*, Die Sparkassen-Privatstiftung (2005) 94; *Hopp/Proksch*, Die österreichische Privatstiftung (1993) 18; *Bernhart/Rath* in *Müller Rz 747; Festa/Vejmola*, Aufgaben des Stiftungsprüfers: Ein Überblick, PSR 2014/23 (115); aA *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, Privatstiftungsgesetz 56; aA *Eiselsberg/Nidetzky/Sulz*, Die neue Österreichische Privatstiftung (1994) 55; aA *Doralt*, Die Österreichische Privatstiftung – Ein neues Gestaltungsinstrument für Unternehmer, ZGR 1996, 1–17 (13); aA *Wachter*, Die österreichische Privatstiftung als Instrument der Nachfolgeplanung für deutsche Stifter? DStR 11/2000 (478).

<sup>52)</sup> ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP zu § 20 Abs 1.

<sup>53)</sup> *Riel* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 9 Rz 63.

<sup>54)</sup> *Briem*, Die zivilrechtlichen Regelungen des Privatstiftungsgesetzes, in *Bank Austria* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz (1993) 9 (16); *Gelter* in *Doralt/Kalss* 271; *Vetter* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* 116; *Kraßnig*, Aufsichtsrataktuell 2010/5, 19; *Filnkössl* in FS KPMG 58 f; *Arnold*, PSG § 20 Rz 20; *Bruckner/Fries/Fries*, Familienstiftung 49; *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 20 Rz 2; *Riel* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 9 Rz 63; *Limberg*/

Abs 1 PSG vorgesehene Bestellung des Stiftungsprüfers durch das Gericht bzw durch den Aufsichtsrat eine zwingende Norm ist. Diese Frage wird im Kapitel I.A.4.f „Bestellungskompetenz als zwingendes Recht“ behandelt.

#### **d. Bestellung durch den Stiftungsvorstand?**

Im Erstentwurf zum Privatstiftungsgesetz war vorgesehen, dass der Stiftungsprüfer in erster Linie vom Stiftungsvorstand und nur bei dessen Verzug vom Gericht zu bestellen ist.<sup>56)</sup> *Krejci*<sup>57)</sup> und *Böhler*<sup>58)</sup> kritisierten zu Recht diese Regelung des Entwurfes und schlugen vor, dass ausschließlich das Gericht bestellungsbefugt sein sollte. Das geltende Privatstiftungsgesetz sieht diese Regelung des Erstentwurfs nicht mehr vor.

Die hL<sup>59)</sup> und die Rsp<sup>60)</sup> verneinen die Möglichkeit des Stiftungsvorstandes, den Stiftungsprüfer zu bestellen. Dem ist zu folgen, da gerade der Stiftungsprüfer mit seinen erweiterten Rechten und Pflichten die Kontrolldefizite der Privatstiftung ausgleichen soll und eine Bestellung durch den Stiftungsvorstand eine Abhängigkeit des Stiftungsprüfers vom Stiftungsvorstand als organ-schaftlicher Vertreter der Privatstiftung ergeben würde. Diese Abhängigkeit des Stiftungsprüfers vom Stiftungsvorstand könnte den Stiftungsprüfer daran hindern, seine Kontrollaufgaben ordnungsgemäß auszuüben und würde daher dem Zweck der Konstruktion zuwiderlaufen. Auch die Abänderung des Erstentwurfs zum Privatstiftungsgesetz nach Kritik von *Krejci*<sup>61)</sup> und *Böhler*<sup>62)</sup> zu diesem Punkt untermauert diese Ansicht.

#### **e. Bestellung durch den Stiftungsbeirat?**

Die Stifter können gem § 14 Abs 2 PSG weitere Organe zur Wahrung des Stiftungszwecks vorsehen. Eine diesbezügliche Regelung in der Stiftungserklärung hat gem § 10 Abs 2 iVm § 9 Abs 2 Z 4 PSG analog zum fakultativen Aufsichtsrat jedenfalls in der Stiftungsurkunde und nicht in der Stiftungszusatzur-

---

*Tschugguel*, Privatstiftung 56; *Schwarz* in FS Vodrazka 692; *Perl*, Sparkassen-Privatstiftung 94; *Briem*, Die Zivilrechtlichen Regelungen des Privatstiftungsgesetzes, in *Bankprivat* (Hrsg), Privatstiftungsgesetz (2002) 6 (13); aA *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, Privatstiftungsgesetz 56; aA *Eiselsberg*, Organe der Privatstiftung, in *Constantia Privatbank AG* (Hrsg), Die österreichische Stiftung (1994) 95 (106).

<sup>55)</sup> OGH 22. 6. 1995, 6 Ob 15/95.

<sup>56)</sup> *Krejci*, Das künftige Privatstiftungsrecht weist noch Mängel auf, RdW 1993, 135 (137).

<sup>57)</sup> *Krejci*, RdW 1993, 137.

<sup>58)</sup> *Böhler*, Kontrollprobleme der Privatstiftung, WBl 1993, 169.

<sup>59)</sup> *Arnold*, PSG § 20 Rz 20; *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 20 Rz 2; *Briem* in *Bankprivat* 13; *Perl*, Sparkassen-Privatstiftung 94; *Bernhart/Rath* in *Müller Rz* 729; aA *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, Privatstiftungsgesetz 56.

<sup>60)</sup> OGH 22. 6. 1995, 6 Ob 15/95; OGH 10. 10. 2002, 6 Ob 231/02t.

<sup>61)</sup> *Krejci*, RdW 1993, 137.

<sup>62)</sup> *Böhler*, Kontrollprobleme der Privatstiftung, WBl 1993, 169.