

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

05^{139.}
JAHRGANG
2007



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

Aus dem Inhalt:

Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer

Die Reduktionsklausel im Entwurf des österreichischen Schadenersatzrechts Seite 129

Dr. Alexander Hofmann, LL.M.

Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters? Seite 133

MANZ 

UNTER STÄNDIGER WISSENSCHAFTLICHER MITARBEIT VON: NOTAR UNIV.-DOZ. MAG. DDR. LUDWIG BITTNER, HOLLABRUNN | EM.O. UNIV.-PROF. DR. DR.H.C. HANS HOYER, WIEN | O. UNIV.-PROF. DDR. WALDEMAR JUD, GRAZ | O. UNIV.-PROF. DDR. HANS GEORG RUPPE, GRAZ | O. UNIV.-PROF. DR. RUDOLF WELSER, WIEN | A. UNIV.-PROF. DR. WOLFGANG ZANKL, WIEN

NZ 2007/37

Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters?

Von Dr. **Alexander Hofmann**, LL.M., Rechtsanwalt in Wien (zugelassen auch in New York)*

A. Problem

In der Entscheidung¹ vom 11. 9. 2003, 6 Ob 106/03 m hat der OGH ausgesprochen, dass der Widerruf einer Privatstiftung² (im Folgenden: PS) mit gerichtlicher Genehmigung auch durch den Sachwalter des Stifters erklärt werden könne. Gleiches soll für die Änderung der Stiftungserklärung gelten.³ Der OGH hat sich in dieser Entscheidung nur auf die Stellungnahme von *Ofner*⁴ gestützt

und ist auf andere Lehrmeinungen,⁵ die für den gegenteiligen Standpunkt sprechen, nicht eingegangen. *Arnold* und *Nowotny*⁶ haben der Entscheidung im Ergebnis zugestimmt.

* www.hofmannlaw.at

¹ SZ 2003/105 = RdW 2004/65, 89 = GeS 2003/12, 483.

² Gem § 34 Privatstiftungsgesetz (PSG).

³ OGH 29. 4. 2004, 6 Ob 7/04 d. Diese E hat dieselbe PS betroffen. Das Höchstgericht bejaht auch die Möglichkeit der Änderung der Stiftungserklärung (§ 33 PSG) durch den gesetzlichen Vertreter des Stifters und folgert, dass der Verlust der Geschäftsfähigkeit des Stifters nicht als dessen Wegfall betrachtet werden könne, der das subsidiäre Änderungsrecht des Stiftungsvorstands gem § 33 Abs 2 PSG auslöse.

⁴ Widerruf einer Privatstiftung durch den Sachwalter des Stifters, NZ 2001, 270; auch *G. Nowotny* (Die Anforderungen an die Stiftungsurkunde aus dem Blickwinkel des Firmenbuchgerichts, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* [Hrsg], PSG 152f) ist schon vor dem OGH-Erkenntnis von einer Vertretungskompetenz des Sachwalters ausgegangen.

⁵ *Wolfmair* in *Hasch* (Hrsg), PSG § 34 Anm 8; *Pittl*, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, NZ 1999, 198, 205; *Müller*, Änderung, Widerruf, Beendigung, Auflösung und Abwicklung der Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch 279f; *Berger* in *Doral/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 33 Rz 19.

⁶ *Arnold*, Ausübung der Gestaltungsrechte eines Stifters durch seinen Sachwalter, GeS 2003, 479; *Nowotny*, Stifterwille und Auslegung von Stiftungsdokumenten, RdW 2004, 66.

Im ausländischen Schrifttum ist die Entscheidung auf Verwunderung gestoßen.⁷ Lehre und Rsp zur liechtensteinischen Stiftung⁸ bzw zum US-Trust,⁹ die der PS als Vorbild dienen können, lassen aufgrund des höchstpersönlichen Charakters kontrollierender Stifterrechte und ihrer Affinität zu Rechtsgeschäften von Todes wegen deren Wahrnehmung durch gesetzliche Vertreter nicht zu.

Für den österr Rechtsbereich hängt die Lösung des Problems von der Auslegung des § 3 Abs 3 PSG ab. Dieser bestimmt, dass Rechte des Stifters, die PS (durch Änderung oder Widerruf) zu gestalten, nicht auf Rechtsnachfolger übergehen. Ausgehend vom richtigen Verständnis des Zwecks der PS und ihrer Verwandtschaft mit anderen Instrumenten der Nachlassplanung (insb Testament) soll untersucht werden, ob § 3 Abs 3 PSG auch die gesetzliche und gewillkürte Stellvertretung bei der Änderung oder Auflösung der PS durch den Stifter ausschließt (Vertretungsfeindlichkeit). Rsp und Lehrmeinungen, die dies verneinen, sind zu hinterfragen.

B. Spannungsverhältnis zwischen dem Zweck der Privatstiftung und ihrem Widerruf

In der Entscheidung vom 11. 9. 2003, 6 Ob 106/03m verwies der OGH auf die Tatsache, dass Stiftungsmodelle häufig aus steuerlichen Gründen ins Leben gerufen werden und dem Sachwalter des Stifters der Zugriff auf das Vermögen der PS durch Widerruf nicht verwehrt werden dürfe, weil der Stifter ansonsten im Falle wirtschaftlicher Not gefährdet sei.¹⁰ Dies diene dem OGH als das ent-

scheidende Argument dafür, ein vorbehaltenes Widerrufsrecht als vermögensrechtliche Angelegenheit anzusehen und ihm den überwiegend von der Gefühlskomponente geprägten Charakter als höchstpersönliches Recht abzusprechen.¹¹ Mit fast entwaffnender Offenheit erhebt das Höchstgericht damit fehlgeleitete Vorstellungen gängiger Rechtspraxis über den Zweck der Stiftung zur Richtschnur für die Lösung einer Grundsatzfrage des PSG.

1. Errichtung auf Dauer

Zweck der Stiftung ist die dauerhafte Erfüllung eines nach außen gerichteten Zwecks durch die gewidmeten Mittel. Keinesfalls soll sie als Vehikel für die Steuer schonende Mehrung des eingebrachten Vermögens, das der fortgesetzten Kontrolle und Förderung der eigenwirtschaftlichen Interessen des Stifters unterstellt bleibt, fungieren. Alleine der Wunsch, laufend in das Stiftungsgeschehen einzugreifen, ist dem Stiftungsgedanken abträglich. Vielfach bestehen solche Erwartungen. Diesen soll entsprochen werden, wenn führende Experten unter Hinweis auf die mangelnde Eigentümerkontrolle des Vorstands einer PS vor „bösen Überraschungen“ für den Stifter warnen und dazu raten, zur Vermeidung von „bitteren Erfahrungen“ aus Fehlern der ersten Stunde in Stiftungserklärungen nachträglich Kontroll-, Mitwirkungs- und Abberufungsrechte vorzusehen.¹² Zu konstatieren ist, dass der eigentliche Charakter der Stiftung, einen bestimmten Zweck auf Dauer zu erfüllen, von der Vertragspraxis nur selten treffend umgesetzt wird. Das mag zum Teil auch darauf zurückzuführen sein, dass das dynamische Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, das die Institution der PS von Anfang an für sich vereinnahmt hat, mit der der Stiftung eigentümlichen Bestandsgarantie noch wenig anfangen kann.¹³

Behält sich der Stifter das Recht auf Änderung (§ 33 PSG) oder Widerruf (§ 34 PSG) vor, schließt er den Stiftungsakt insofern – jedoch nur faktisch – nicht ab.¹⁴ Durch die Steuerungsmöglichkeiten, die derartige Vorbehalte zulassen, werden – so Bösch¹⁵ zur liechtensteinischen Stiftung – „die Grenzen zur Körperschaft entscheidend verwischt“, was im Grunde dem Wesen der Stiftung widerspreche und einen „massiven Systembruch“ bewirke. Ein Teil der liechtensteinischen Lehre vertritt daher auch die Ansicht, dass der nach § 559 Abs 4 PGR¹⁶ zulässige

zur Bestreitung des Unterhaltes ausreichendes Privatvermögen zurückbehalten haben.

⁷ Kritisch dazu Arnold, GeS 2003, 480.

⁸ Reich-Rohrwig, Privatstiftung: Böse Überraschungen für Stifter, Die Presse, Rechts panorama, 6. 6. 2005.

⁹ Eiselsberg, Der Zweck der Privatstiftung, Zfs 2005, 4. Der Beitrag versteht sich als Aufruf an die kautelarjuristische Praxis, zur Entwicklung einer Stiftungskultur beizutragen, die die Nachhaltigkeit und Unabänderlichkeit des Stiftungszweckes stärker in den Vordergrund rückt.

¹⁰ Eiselsberg, Der Zweck der Privatstiftung, Zfs 2005, 6.

¹¹ Bösch, Liechtensteinisches Stiftungsrecht 616 f.

¹² Liechtensteinisches Personen- und Gesellschaftsrecht.

⁷ Santo-Passo, Family Estate Planning Verselbständigte Vermögensmassen als Zweckvermögen – eine liechtensteinische Spezialität? LJZ 2004, 7.

⁸ Santo-Passo, Estate Planning, LJZ 2004, 7; ders, Die Liechtensteinische Stiftung Hausgemachte Problematik im Lichte der Stiftungsrechtsreform? LJZ 2005, 7; Bösch, Liechtensteinisches Stiftungsrecht 624; Hepberger, Die Liechtensteinische Stiftung – Unter besonderer Berücksichtigung der Rechte des Stifters nach deren Errichtung 103; FL OGH 6. 12. 2001, 1 Cg 378/99–50, LES 2002, 41.

⁹ Fratcher, Scott on Trusts Vol.4 § 329; Bogert, Trusts 6th Ed., 531; Bogert, The Law of Trusts and Trustees 2nd Ed. § 1001; Bogert, The Law of Trusts and Trustees 2nd Ed. Cumulative Pocket Part (2005) § 1001 n.36. mwN; Estate of Dean 967 S.W.2d 219 (Mo. App. W.D. 1998); Matter of Bo 365 N.W.2d 847 (N.D. 1985); Friedrich v. BancOhio Nat. Bank 470 N.E.2d 467 (Ohio App. 1984); Chase Nat. Bank of City of N.Y. v. Ginnel et al. 50 N.Y.S.2d 345 (1944); aA Turner, Revocable Trusts 5th Ed.Vol.1 § 21:8, der empfiehlt, in der Trust-Urkunde (Trust Provisions) vorzusehen, dass bei Verlust der Geschäftsfähigkeit des Stifters (Trustor) dessen Vertreter (Guardian, Conservator) ein Änderungs- oder Widerrufsrecht wahrnehmen kann.

¹⁰ Zu dieser Betrachtung hat gerade der entschiedene Fall keinen Anlass geboten. Nach den getroffenen Feststellungen hat die kinderlose Stifterin die PS in der Absicht gegründet, dass sie auf immerwährende Zeit bestehen und der Stiftungsgenuss gemeinnützigen Einrichtungen zum Wohle von Kranken, Behinderten oder in Not geratenen Kindern zukommen soll. Die Stifterin dürfte sich

Vorbehalt, die Stiftung oder Stiftungsurkunde jederzeit zu widerrufen oder zu ändern, nur die Basis für eine gebundene Ermessensentscheidung hergeben könne und die Aufhebungsvoraussetzungen in der Stiftungsurkunde objektiv bestimmt oder bestimmbar umschrieben sein müssten.¹⁷ Diese grundsätzliche Skepsis gegenüber dem Widerruf, die auch für die Betrachtung nach dem PSG angezeigt erscheint, rührt daher, dass der Stiftungszweck besser und zielstrebig verwirklicht werden kann, wenn das zweckgebundene Vermögen dem Zugriff des Stifters und seiner Rechtsnachfolger dauerhaft entzogen bleibt. Widerrufs- und Änderungsrechte sind per se als mit dem Wesen der Stiftung nicht kompatibel anzusehen. Gesetzliche und statutarische Bestimmungen, die sie ermöglichen oder die Voraussetzungen ihrer Ausübung regeln (§ 3 Abs 3 PSG), müssen daher restriktiv ausgelegt werden.¹⁸ Ein vorbehaltener Widerruf ändert nichts an dem mit dem Stiftungsakt einmal in Gang gesetzten „Stiftungsprogramm“. Der zulässige Widerruf führt zur Auflösung der bereits tätig gewordenen PS (§ 35 PSG).

2. Immaterieller Charakter von Stifterrechten

Unabdingbare Voraussetzung für die Dauerhaftigkeit der Widmung des Vermögens ist dessen Übertragung auf einen selbständigen (eigentümerlosen) Rechtsträger (Stiftungsakt). „Die Tatsache, als Stifter eine Privatstiftung errichtet zu haben, begründet oder verschafft keine Rechte auf die Gestion der Stiftung, die Verwendung und die Verwaltung des Stiftungsvermögens oder dessen Verteilung als Zuwendung für Begünstigte.“¹⁹ Dass das Stiftungsvermögen nach Abwicklung der PS an den Stifter zurückfällt ist eine mögliche aber keine notwendige Folge, die von der Ausgestaltung der Stiftungserklärung abhängt (§ 36 Abs 4 PSG). Stifterrechte sind daher ideeller Natur und verbriefen kein vermögenswertes Recht in Form eines zwingenden Teilhabeanspruchs am Abwicklungserlös nach gesellschafts- und korporationsrechtlichen Anschauungen.²⁰

C. Die Privatstiftung als Instrument der Nachlassplanung (Estate Planning)

1. Gemeinsamkeiten zwischen der Privatstiftung und den Rechtsgeschäften von Todes wegen

Im Unterschied zu Stiftungen, die auf gemeinnützige Zwecke (Begünstigung der Allgemeinheit) gerichtet sind, ist die eigennützige Stiftung auf die Versorgung und Unterstützung von Angehörigen des Stifters und die generatio-

nenübergreifende Strukturierung großer Privatvermögen ausgelegt. An ihrem Beispiel wird die Funktionsverwandtschaft der PS mit den Rechtsgeschäften von Todes wegen besonders deutlich. Beide Rechtsinstitute dienen der über den Tod hinausreichenden Vermögensplanung.²¹

Gegenüber dem Testament bietet die PS allerdings verschiedene Vorteile. Zu nennen sind etwa:

- größere Gestaltungsspielräume und mehr Flexibilität bei der Bestimmung von Begünstigten und der Ausgestaltung von Zuwendungen,
- die Möglichkeit einer längeren Zweckbindung des Vermögens, das nachfolgenden Generationen überlassen werden soll (im Vergleich zu den Beschränkungen, die sich aus den Bestimmungen über die Nacherbschaft der §§ 611, 612 ABGB ergeben),
- institutionalisierte Überprüfung der Erfüllung des Stiftungszwecks (gegenüber der nur eingeschränkt möglichen Überwachung der Einhaltung testamentarischer Auflagen),
- die Möglichkeit, geschäftlich unerfahrene, leichtsinnige oder dem Einfluss Dritter ausgesetzte Begünstigte besser zu schützen,
- geringere Steuerbelastung des gestifteten und durchgereichten Vermögens,
- die Möglichkeit, Begünstigte ohne Abhandlungsverfahren in den unmittelbaren Genuss von Zuwendungen kommen zu lassen,
- keine Verzögerung beim Vermögenstransfer an ausländische Begünstigte durch ein Verfahren über die Festsetzung der Erbschaftssteuer.²²

Stiftung und Testament können in der Nachfolgeplanung auch komplementäre Funktionen übernehmen, indem der Stifter als Erbe die Stiftung einsetzt (sog *pour-over-will*). Die eigentlichen Nutznießer des Erbes brauchen dann im Verlassenschaftsverfahren nicht in Erscheinung zu treten.

Eine weitere Gemeinsamkeit von Stiftung und testamentarischen Anordnungen besteht darin, dass auch die Entschlüsse des Stifters (wer, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Ausmaß in den Genuss des Vermögens kommen soll) nach Gutdünken gefasst oder rückgängig gemacht werden und emotional motiviert sind. Die Entscheidung, den wirtschaftlich tüchtigeren Familienstamm zur Sicherung und Erhaltung des Lebenswerkes zu bevorzugen, ist ebenso gefühlsmäßig bestimmt wie die Erwägung, dem weniger wohlhabenden Teil höhere Begünstigungen auszusetzen, weil er für bedürftiger gehalten wird. Die für das Family Estate Planning eingesetzte Stiftung wird deshalb auch treffend als „lebendi-

¹⁷ *Marxer*, Die Liechtensteinische Familienstiftung 88ff; aA *Bösch*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht 621 f.

¹⁸ FL OGH 6. 12. 2001, 1 Cg 378/99–50, LES 2002, 52.

¹⁹ *Eiselsberg*, Der Zweck der Privatstiftung, ZfS 2005, 6.

²⁰ *Arnold*, GeS 2003, 481.

²¹ *Schauer*, Privatstiftung und Erbrecht, in *Doral/Kals* (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechtes 15ff.

²² *Gumpoltsberger*, Das Verlassenschaftsverfahren bei Erbfällen mit Auslandsbezug (insb zu Deutschland), *ecolex* 2006, 200.

ges Testament“ bezeichnet, deren angelsächsisches Gegenstück, der widerrufbare Trust (Revocable Trust), als „will substitute“.²³

2. Analoge Anwendung des Testamentsrechts?

Die Regeln der Rechtsgeschäfte von Todes wegen werden vom Grundsatz der Höchstpersönlichkeit beherrscht,²⁴ was auch durch ihre innerste Verbundenheit mit der Gefühlswelt zu erklären ist und die gesetzliche oder gewillkürte Stellvertretung typischerweise ausschließt (sog absolute Höchstpersönlichkeit).²⁵ Gem § 564 ABGB muss der Erblasser den Erben selbst einsetzen (formelle Höchstpersönlichkeit) und kann seine Ernennung nicht einem Dritten überlassen (materielle Höchstpersönlichkeit). Dieser strenge Grundsatz wird nur in Bezug auf Legatare insofern abgeschwächt, als mit deren Auswahl der Erbe betraut werden kann (§ 651 ABGB).²⁶ Personen, denen ein Sachwalter bestellt ist, bleiben unabhängig vom Wirkungsbereich des Sachwalters testierfähig. Sie können jedoch, sofern dies gerichtlich angeordnet ist, nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren. Dem Sachwalter kommt niemals eine Vertretungskompetenz bei der Testamentserrichtung zu (§ 568 ABGB).

Aufgrund der aufgezeigten Parallelen zur PS drängt sich das Charakteristikum der Vertretungsfeindlichkeit als ein auch den Stifterrechten anhaftendes Prinzip auf. Für *Schauer*²⁷ wäre eine bessere Abstimmung der PS mit den ihr verwandten Gebieten durchaus wünschenswert. Aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Verfassung der PS und ihres Zwecks, dem Stifter Alternativen mit mehr Gestaltungsfreiheit zu geben, ist eine analoge Anwendung der erbrechtlichen Bestimmungen (insb der §§ 564, 651 ABGB) auf die PS jedoch auszuschließen. Gegen eine Analogie spricht nach *Schauer* auch, dass die PS gleichermaßen Züge eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden (Schenkung) trägt. Die Behebung von Wertungswidersprüchen zum Erbrecht würde neue Systembrüche mit dem Schenkungsrecht hervorrufen, das die Vertretung des Geschenkgebers durch einen Bevollmächtigten ausdrücklich vorsieht (§ 1008 ABGB).²⁸

²³ *Lynn/McCouch*, Introduction to Estate Planning 5th Ed, 177.

²⁴ *Welser in Rummeß* § 553 Rz 1. Ein Teil der Lehre lässt auch beim Erbverzichtsvertrag auf Seite des Erblassers Vertretung nicht zu (*Kralik*, Erbrecht 47).

²⁵ *Grossen*, Das Recht der Einzelpersonen, in *v. Gutzwiler* (Hrsg), Schweizerisches Privatrecht II 328, der zwischen absoluten (vertretungsfeindlichen) und relativen (nicht vertretungsfeindlichen) höchstpersönlichen Rechten unterscheidet (s dazu unten unter Abschnitt E.); siehe auch *Edlbacher*, Körperliche, besonders ärztliche, Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 369; *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴, 211.

²⁶ Ausführlich zu den Abgrenzungsproblemen: *Kletečka*, Die materielle Höchstpersönlichkeit letztwilliger Verfügungen, JBl 1999, 277.

²⁷ *Schauer*, Privatstiftung und Erbrecht, in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen 23.

²⁸ *Schauer*, Privatstiftung und Erbrecht, in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen 22.

*Schauer*²⁹ lässt daher in Anlehnung an gesellschafts- und schenkungsrechtliche Grundsätze nach § 1008 ABGB die Errichtung der Stiftungserklärung durch einen mit Spezialvollmacht ausgewiesenen Vertreter des Stifters zu. Durch dieses Erfordernis werde das Fehlen einer dem § 564 ABGB vergleichbaren Norm im PSG aber „abgedeckt“. Die Feststellung von Begünstigten in der PS sei hingegen dem geringeren Standard an die Höchstpersönlichkeit beim Auswahllegat nach § 651 ABGB vergleichbar, sodass die Unterschiede insgesamt nicht so stark ins Gewicht fallen würden.³⁰

Der für das Testamentsrecht bestehende Grundsatz der Höchstpersönlichkeit findet sich im PSG sohin in anderer Form berücksichtigt und muss mE in die Auslegung des Umfanges des Verbots der Übertragung der gestaltenden Stifterrechte einfließen (§ 3 Abs 3 PSG – siehe dazu unten unter Abschnitt D.2.).

D. Vertretungsfeindlichkeit des Widerrufsrechts des Stifters aus stiftungsrechtlicher Sicht

Für das hier untersuchte Problem geht es aber gar nicht um die Errichtung der PS durch einen Stellvertreter. Im Zentrum der Analyse steht vielmehr die Frage, ob der Stifter auf die bereits ins Leben gerufene Stiftung auch vermittels eines Vertreters gestaltend einwirken kann. Aus stiftungsrechtlicher Sicht ist das nach der besonderen Bestimmung des § 3 Abs 3 PSG zu beurteilen.

1. Übertragungsverbot des § 3 Abs 3 PSG

Im Unterschied zum Recht des (künftigen) Stifters auf Gründung einer PS und Abgabe der Stiftungserklärung (§ 9 PSG) handelt es sich bei den Gestaltungsrechten des Stifters um solche, die ihm gegenüber einer ins Leben gerufenen (gegründeten) PS zukommen.³¹ Dazu gehören insb die Rechte auf Änderung und Widerruf der Stiftungserklärung gem § 33 Abs 1 und 2 PSG sowie auf Widerruf der PS gem § 34 PSG. § 3 Abs 3 PSG besagt, dass solche Gestaltungsrechte des Stifters nicht auf Rechtsnachfolger übergehen (Übertragungsverbot). Das Verbot gilt nach einhelliger Lehre sowohl für Veräußerungen unter Lebenden als auch für Übergänge von Todes wegen.

²⁹ *Schauer*, Privatstiftung und Erbrecht, in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen 23. *Arnold* (PSG § 3 Rz 6) folgt dieser Ansicht und stellt klar, dass zum notwendigen, die Stiftungsurkunde hinreichend individualisierenden Inhalt der Spezialvollmacht auch der Stiftungszweck und alle wesentlichen und vom dispositiven Recht abweichenden Bestimmungen, insb vorbehalten Stifterrechte auf Änderung der Stiftungserklärung nach dem Entstehen der PS und auf Widerruf der PS zählen.

³⁰ *Schauer*, Privatstiftung und Erbrecht, in *Doralt/Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen 24.

³¹ AA offenbar *Arnold*, PSG § 3 Rz 40; s auch RV 1132 BlgNr 18. GP 21.

§ 3 Abs 3 PSG enthält die gesetzliche Verankerung des Prinzips der Höchstpersönlichkeit der Stifterrechte.³²

2. Zweck und Reichweite des Übertragungsverbots

Zu diskutieren ist, in welchem Umfang § 3 Abs 3 PSG Verfügungen über die Ausübung der Gestaltungsrechte einschränkt. Ist die Höchstpersönlichkeit der Stifterrechte im absoluten Sinn zu verstehen, was auch jede Vertretung ausschließt, oder, wie *Arnold*³³ meint, nur als relative, für die das nicht gelten würde?³⁴ Zutreffend weist *Ofner*,³⁵ der gegen die Vertretungsfeindlichkeit plädiert, darauf hin, dass sich diese Frage nur unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks (teleologische Interpretation) beantworten lässt. Richtig ist auch sein Ansatz, dass das Verbot der Übertragung auf Rechtsnachfolger die Ausübung der Stifterrechte zeitlich limitieren soll und die Unzulässigkeit eines Widerrufsrechts für juristische Personen (§ 34 PSG) demselben Regelungszweck dient.³⁶ Seine Annahme, dass das PSG als Kriterium der Begrenzung des Widerrufs auf die Lebensdauer des Stifters abstelle und das Gesetz keine Anhaltspunkte für eine andere Interpretation biete, kann jedoch nicht geteilt werden. Die von *Ofner* vermissten Leitbilder sind in den Grundsätzen der Beständigkeit der PS (Wahrung der dauerhaften Erfüllung des Zwecks der PS) und ihrer Funktionsverwandtschaft zu den letztwilligen Verfügungen zu erblicken. Der Lösungsansatz hat sich an den dazu oben unter den Abschnitten B. und C. angestellten allgemeinen Überlegungen zu orientieren.

Die zeitliche Beschränkung der Widerrufsmöglichkeit soll bewirken, dass die PS ihren Zweck planmäßig auf Dauer erfüllt und es nur ausnahmsweise zur Auflösung kommt (s oben unter Abschnitt B.). Könnten auch Sachwalter oder Bevollmächtigte das Widerrufsrecht ausüben, würde dies zur Erweiterung des Kreises entscheidungsberechtigter Personen führen. Dadurch wäre das Stiftungsprogramm dem Risiko ausgesetzt, dass es aus anderen als den vom Stifter selbst in Betracht gezogenen Erwägungen rückgängig gemacht wird. Diese Gefahr würde sich noch verschärfen, wenn der Stifter nicht mehr über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw persönliche Handlungsfähigkeit (zu diesen Begriffen s unten unter

Abschnitt E.) verfügt und sich zu beabsichtigten Handlungen seines Vertreters (Sachwalter oder Vorsorgebevollmächtigter³⁷) nicht mehr äußern oder ihnen nicht mehr widersprechen kann. Solches verträgt sich nicht mit dem Grundsatz der Beständigkeit der PS, der eine einschränkende Auslegung zulässiger Eingriffe gebietet.³⁸

Sinn des Übertragungsverbots ist es auch, auszuschließen, dass andere Personen als der Stifter über das Schicksal der Stiftung bestimmen können. Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage würde es dem Wesen der PS widersprechen, wenn ihre Geschicke dem stifterfremdem Einfluss eines Rechtsnachfolgers unterworfen wären.³⁹ Zum Wesen der PS gehört es, dass den Verfügungen des Stifters in gleicher Weise wie den letztwilligen Verfügungen insofern ein willkürliches Element anhaftet, als sie nicht nur auf rational-ökonomischen Überlegungen beruhen, sondern auch auf subjektiven und beliebigen Präferenzen. Daher verpönt § 3 Abs 3 PSG die Fremdbestimmung der Gestaltungsrechte des Stifters, die als zwingend höchstpersönliche Einwirkungsbefugnisse aufzufassen sind und eine gesetzliche Stellvertretung ausschließen.⁴⁰ Darauf, in welcher Rechtsform sich der Stifter seiner autonomen Gestaltungsmacht entledigt und einem Dritten die Ausübung der Rechte überlässt (durch Abtretung oder Bevollmächtigung), kommt es nicht an. Das Verbot muss deshalb auch für den Fall gelten, dass der gestaltende Wille von einem als Vertreter handelnden Fremden geformt wird. Würde man die Stellvertretung zulassen, könnte die unerwünschte Einflussnahme eines Außenstehenden über den Umweg der Stellvertretung stattfinden. Die Vertretungsfeindlichkeit ist anzunehmen, um den eigentlichen Zweck des § 3 Abs 3 PSG zu erfüllen und dessen Umgehung zu verhindern.

*Arnold*⁴¹ führt gegen die Auffassung der Vertretungsfeindlichkeit ins Treffen, dass ein gewillkürter oder gesetzlicher Vertreter (mit pflegschaftsbehördlicher Genehmigung) für den Vertretenen Stifter- und Gestaltungsrechte begründen bzw vorbehalten könne und es unsystematisch wäre, wenn er diese Rechte in der Folge für den Stifter nicht ausüben dürfte.⁴² Außerdem zieht *Arnold* Vergleiche zum Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht, die ebenfalls als höchstpersönliche Rechte gelten und nicht vertretungsfeindlich seien. Diese Argumente überzeugen nicht. *Arnold* verkennt, dass das Recht zur Abgabe der Stiftungserklärung, mit der die PS errichtet

³² *Knirsch*, Grundzüge des neuen Privatstiftungsrechtes, eolex 1993, 730f; *Pittl*, NZ 1999, 198, 205; *Arnold*, PSG § 3 Rz 43.

³³ *Arnold*, GeS 2003, 481; *ders*, PSG § 3 Rz 44.

³⁴ Zu dieser von der Schweizer Lehre entwickelten Differenzierung s *Grossen*, Einzelpersonen, in v. *Gutzwiller* (Hrsg), Privatrecht II 328f.

³⁵ NZ 2001, 270.

³⁶ Dass das weniger eingriffsintensive Änderungsrecht einer juristischen Person vorbehalten werden kann ändert nichts daran, dass auch das Änderungsrecht ein höchstpersönliches Recht ist. Eine zeitlich und sachlich (unter Einschluss der Änderung des Stiftungszwecks) unbegrenzte Ausübung dieses Gestaltungsrechts durch Rechtsnachfolger des Gründungsgesellschafters einer Stifter-GmbH wäre mE im Lichte des Normzwecks des § 3 Abs 3 PSG problematisch.

³⁷ Siehe dazu §§ 284ff ABGB idF des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes 2006, BGBl I 2006/92 (SWRÄG 2006).

³⁸ FL OGH 6. 12. 2001, 1 Cg 378/99–50, LES 2002, 52.

³⁹ RV 1132 BlgNR 18. GP 21.

⁴⁰ FL OGH 6. 12. 2001, 1 Cg 378/99–50, LES 2002, 53.

⁴¹ *Arnold*, GeS 2003, 480f; *ders*, PSG § 3 Rz 43f.

⁴² Der zum „vermögenswerten“ Widerruf des Pflegebefohlenen komplementäre Fall würde in der Begründung von Stifterrechten durch Widmung von Vermögen des Pflegebefohlenen (unentgeltliche Zuwendung) bestehen. Dieser Vorgang wäre aus pflegschaftsbehördlicher Sicht kaum genehmigungsfähig (vgl dazu *Hof* in *Seifart/v. Campenhausen* [Hrsg], StiftungsR Hdb § 7 Rz 7).

wird, aus § 9 PSG folgt und nicht zu den Gestaltungsrechten gehört, die unter die Einschränkung des § 3 Abs 3 PSG fallen. Die Gestaltungsrechte iSd § 3 Abs 3 PSG setzen eine errichtete (sog Vorstiftung)⁴³ oder entstandene (im Firmenbuch eingetragene) PS (§ 7 Abs 1 PSG) voraus. Im Interesse des Stiftungszwecks und der Bestandserwartung anderer Stifter erfährt die auf sie bezogene Gestaltungsfreiheit des Stifters eine nach dem Gründungsfortschritt abgestufte, zunehmende Einschränkung. Unbeschränkt (ohne Vorbehalt) kann der Stifter die Stiftungserklärung nur bis zum Entstehen der PS ändern oder widerrufen. Auch vor dem Entstehen ist ein Widerruf ausgeschlossen und eine Änderung nur zur Wahrung des Stiftungszwecks zulässig, wenn einer von mehreren Stiftern weggefallen ist (§ 33 Abs 1 PSG). Nach dem Entstehen kann die PS vom Stifter nur geändert oder widerrufen werden, sofern er sich diese Rechte vorbehalten hat (§ 33 Abs 2, § 34 PSG). Dem Bestandsschutz dient auch die dem Stiftungsvorstand eingeräumte beschränkte Änderungsbefugnis zur Wahrung des Stiftungszwecks und Berücksichtigung geänderter Verhältnisse. Diese kann bis zur Eintragung bei Wegfall des einzigen oder letzten Stifters (§ 33 Abs 1 PSG), nach Eintragung aber selbst ohne Änderungsvorbehalt des Stifters oder bei Uneinigkeit mehrerer (gegen den Willen einzelner) Stifter ausgeübt werden (§ 33 Abs 2 PSG). Es erscheint daher nicht systemwidrig, wenn das Gesetz auch hinsichtlich der Vertretungsmöglichkeit Eingriffe in Struktur und Bestand der gegründeten PS durch den Stifter an strengere Voraussetzungen knüpft als an die Errichtung der Stiftungserklärung. Auch der Vergleich mit dem Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht hinkt. Die Abtretungs- und Übertragungsverbote für diese Rechte (§§ 1070, 1074 ABGB) sollen nicht die Entscheidungsfindung vor dem Einfluss Dritter abschirmen. Sie dienen der Bewahrung des freien Geschäftsverkehrs vor überlangen Bindungen.⁴⁴ Ihre Schutzrichtung ist der des § 3 Abs 3 PSG, der auf die Sicherung der dauerhaften Zweckbindung des Stiftungsvermögens abzielt, genau entgegengesetzt. Die gleichlautende Bezeichnung als „höchstpersönliche Rechte“ kann darüber nicht hinwegtäuschen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass Gestaltungsrechte des Stifters (Widerruf, Änderung der Stiftungserklärung) vertretungsfeindlich sind und von einem Sachwalter nicht wahrgenommen werden können. Die Möglichkeit der Änderung oder des Widerrufs ist insofern zeitlich beschränkt, als sie mit dem Verlust der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit untergeht.⁴⁵ Eine abweichende Betrachtung würde zu dem unerwünschten Ergebnis führen, dass ein anderer als der Stif-

ter selbst die Erfüllung des Stiftungszwecks zunichte machen könnte.⁴⁶

3. Exkurs: Ausschluss der Pfändbarkeit und Masseunterworfenheit des Widerrufsrechts

Aus dem Wortlaut des Übertragungsverbots (§ 3 Abs 3 PSG) und der Höchstpersönlichkeit folgt, dass ein Widerrufsrecht des Stifters nicht pfändbar ist und im Insolvenzfall des Stifters nicht vom Masseverwalter ausgeübt werden kann.⁴⁷ Wenn man aus den in dieser Arbeit dargelegten systematischen und teleologischen Überlegungen für die Vertretungsfeindlichkeit des Gestaltungsrechts plädiert, lässt sich die Exequierbarkeit auch nicht damit begründen, dass die Exekution (nach den §§ 331, 333 EO) in zulässiger Weise im Namen des Stifters geführt werde. Rsp und Lehrmeinungen, die solches annehmen,⁴⁸ können sich nicht auf das Gesetz stützen und wollen aus Billigkeit dem aner kennenswerten Schutz von Gläubigern Rechnung tragen. Die Abwägung von Gläubigerinteressen mit den gegenläufigen Intentionen des PSG, die rechtspolitisch zu begrüßen ist, muss aber dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.⁴⁹

E. Vertretungsfeindlichkeit des Widerrufs aus der Sicht des Sachwalterrechts

1. Absolut höchstpersönliche (vertretungsfeindliche) Rechte

In die Selbstbestimmung der höchstpersönlichen Lebensbereiche nicht eigenberechtigter Personen soll

⁴⁶ Genau das ist im Ausgangsfall OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 106/03m geschehen. Die Stifterin war nicht bedürftig. Der Widerruf hat nachweislich ihren Intentionen widersprochen. Trotzdem hat ihn der Sachwalter erklärt. Den Einwand des Rechtsmissbrauchs hat der OGH mit der unzutreffenden Begründung zu zerstreuen versucht, dass das Widerrufsrecht zu den korporativen Regelungen gehöre, die objektiv nach Wortlaut und Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang und nicht unter Erforschung der subjektiven Absicht der Stifterin auszulegen seien (krit dazu *Nowotny*, RdW 2004, 66 f).

⁴⁷ *Wolfmair* in *Hasch* (Hrsg), PSG § 34 Anm 8; offenbar auch *Müller*, Änderung, Widerruf, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch 279 f; vgl auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht III², 159; und die bei *Angst/Jakusch/Mohr*, EO¹⁴ § 331 E 150–167 zit Rsp.

⁴⁸ OGH 26. 4. 2006, 3 Ob 16/06h; OGH 26. 4. 2006, 3 Ob 217/05s; *Karollus*, Gläubigerschutz bei der Privatstiftung, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), PSG 59; *Berger*, Der Widerruf der Privatstiftung durch den Privatgläubiger des letztbegünstigten Stifters, RdW 1995, 334; *Grave*, Die Privatstiftung aus rechtlicher Sicht – ein Erfahrungsbericht, in FS *Jakobljevič* 20ff; zuletzt *Isola/Vollmaier*, Der Zugriff des Gläubigers auf das Stiftungsvermögen im Konkurs des Stifters, ZIK 2/2006, 53 f, mwN zum aktuellen Diskussionsstand; zweifelnd *Hochedlinger/Hasch*, „Exekutionssichere“ Gestaltung von Stiftungserklärungen, RdW 2002, 197.

⁴⁹ Vgl zB die besondere Exekutionsbeschränkung hinsichtlich des nahehelichen Aufteilungsanspruchs (§ 330 EO).

⁴³ *Arnold*, PSG § 7 Rz 5.

⁴⁴ *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten 230f; *Aicher* in *Rummel*, ABGB³ § 1074 Rz 1.

⁴⁵ *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG § 33 Rz 19; *Wolfmair* in *Hasch* (Hrsg), PSG § 34 Anm 8.

durch die Bestellung des Sachwalters nach Tunlichkeit nicht eingegriffen werden. Dieses allgemein anerkannte Prinzip⁵⁰ ist in Bezug auf einzelne Rechte und Regelungsbereiche jedoch mit unterschiedlicher Konsequenz ausgestaltet.

Für bestimmte Geschäfte gilt der strenge Grundsatz der Vertretungsfeindlichkeit (absolut höchstpersönliche Rechte – s dazu oben unter Abschnitt C. 2.). Aufgrund der Abhängigkeit ihrer Entscheidung von höchstpersönlichen Motiven wäre es unerträglich, hier dem Willen eines Fremden rechtsgestaltende Kraft zuzuerkennen.⁵¹ Der Betroffene kann solche Rechtsgeschäfte entweder nur selbst, solange er die dafür erforderliche natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit⁵² besitzt, oder gar nicht ausüben. Durch einen gesetzlichen Vertreter, Sachwalter oder eine pflegschaftsgerichtliche Entscheidung ist sein Willensentschluss nicht substituierbar.⁵³ Allenfalls kann dem Erfordernis der Höchstpersönlichkeit noch durch Heranziehung eines mit Spezialvollmacht ausgestatteten gewillkürten Stellvertreters entsprochen werden.⁵⁴ Zu den absolut höchstpersönlichen Angelegenheiten zählen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung: letztwillige Verfügung (§§ 564, 568 ABGB), Patientenverfügung (§ 3 PatVG),⁵⁵ Vorsorgevollmacht (§ 284f Abs 2 ABGB idF SWRÄG 2006), Eheschließung (§ 17 Abs 1 EheG), Anerkennung der Vaterschaft (§ 163c Abs 1 ABGB), Widerspruch der Mutter gegen das Vaterschaftsanerkennnis gem § 163d Abs 1 ABGB,⁵⁶ „Vaterbezeichnung“ durch die Mutter des nicht eigenberechtigten Kindes (§ 163e Abs 2 ABGB), Widerspruch der Mutter gegen das durchbrechende Vaterschaftsanerkennnis (§ 163e Abs 3 ABGB) und Wahlrecht (Art 26 Abs 1 B-VG). Nicht in allen Fällen kommt das Prinzip der absoluten Höchstpersön-

lichkeit wörtlich zum Ausdruck. Fallweise muss es aus den Wertungen des Gesetzes und allgemeinen Rechtsgrundsätzen erschlossen werden. Bei der einvernehmlichen Scheidung lässt das Verständnis der höchstpersönlichen Natur der Willensübereinstimmung im Verzicht auf den kontradiktorischen Trennungsmodus die Besorgung durch den Sachwalter nicht zu.⁵⁷ Gleiches gilt für die Pflege und Erziehung eines Kindes⁵⁸ oder den Abschluss eines Adoptionsvertrags.⁵⁹

2. Relativ höchstpersönliche (nicht vertretungsfeindliche) Rechte

In gewissen Fällen kommt der Gesetzgeber nicht umhin, die Achtung des Persönlichkeitsrechts gegen den Handlungsbedarf zur Rettung anderer, in gleicher Weise schutzwürdige, Rechtsgüter (zB körperliche Integrität, Erhaltung oder Abwehr von aus der Abstammung abgeleiteten Rechten und Pflichten) abzuwägen. Dann müssen zur Vermeidung nicht hinzunehmender Nachteile dem gesetzlichen Vertreter im höchstpersönlichen Lebensbereich ausnahmsweise Mitwirkungs- und Vertretungsbefugnisse eingeräumt werden (relativ höchstpersönliche Rechte). Vor überschießenden Eingriffen bleibt der Betroffene insofern verschont, als eine (alleinige) Vertretungsbefugnis des Sachwalters auch hier nicht in Frage kommt, solange der Betroffene über die ausreichende natürliche Begabung verfügt, sich über die Sache selbst ein Urteil zu bilden und zu entscheiden (Einsichts- oder Urteilsfähigkeit bzw persönliche Handlungsfähigkeit).

a) Medizinische Eingriffe

Als wichtiges Beispiel ist die Einwilligung in ärztliche Behandlungseingriffe zu nennen.⁶⁰ Auch sie ist ein höchstpersönliches Recht, dessen Ausübung nicht ohne weiteres einem anderen überlassen werden kann.⁶¹ Bis zum KindRÄG 2001 war das Zusammenspiel dieses Prinzips mit dem Sachwalterrecht (abgesehen vom Krankenanstalten- und Unterbringungsrecht)⁶² keinen besonderen gesetzlichen Regeln unterworfen und blieb der Rsp überlassen. Demnach war allgemein anerkannt, dass der Sachwalter die Zustimmung ersetzen konnte, jedoch

⁵⁰ Weitzenböck in *Schwimmann*, ABGB³ § 273 Rz 10; *Kremzow*, Sachwalterrecht 36; *Maurer/Tschugguel*, Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis², 48.

⁵¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 199.

⁵² Dieser von der Rsp entwickelte Begriff ist zweigliedrig. Er besteht aus einem kognitiven (Erfassung von Anlass, Bedeutung und den wesentlichen Auswirkungen einer Rechtshandlung) und einem voluntativen (Bestimmung des Willens zur Herbeiführung der gewünschten Rechtsfolge) Element. Die Terminologie wurde durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135 (KindRÄG 2001) in das Personenstandsrecht in Bezug auf relativ höchstpersönliche Rechte (s dazu unten unter 2.) eingeführt. Man spricht auch von Handlungsfähigkeit in persönlichen Angelegenheiten. Siehe dazu *Stormann* in *Schwimmann*, ABGB³ § 138b Rz 1, § 146c Rz 5; *Fischer-Czermak*, Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, NZ 2004, 302.

⁵³ OGH 11. 11. 1997, 7 Ob 355/97z, JBl 1998, 443 = RdM 1998/6, 51 (*Kopetzki*) – Schwangerschaftsabbruch. Fallweise wird für das Handeln jedoch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bzw des Sorgeberechtigten verlangt (zB Eheschließung von beschränkt Geschäftsfähigen – § 3 Abs 1 und 2 iVm § 17 Abs 1 EheG; Anerkenntnis der Vaterschaft – § 163c Abs 1 iVm § 138b Abs 1 ABGB).

⁵⁴ OGH 30. 1. 2002, 7 Ob 328/01p, ÖA 2002/S 35, 193 – Adoptionsvertrag.

⁵⁵ Patientenverfügungs-Gesetz BGBl I 2006/55.

⁵⁶ Siehe dazu *Schwimmann* in *Schwimmann*, ABGB³ § 163d Rz 4.

⁵⁷ OGH 26. 3. 1996, 1 Ob 518/96, JBl 1996, 600.

⁵⁸ LG Krems 3. 2. 1992, 2 R 276/91, EFSlg 65.900.

⁵⁹ OGH 30. 1. 2002, 7 Ob 328/01p, ÖA 2002/S 35, 193 – Adoptionsvertrag.

⁶⁰ *Aicher* in *Rummeß* § 16 Rz 16f.

⁶¹ *Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 682; *Schauer*, „Vorsorgevollmacht“ für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts, RZ 1998, 105.

⁶² Das Krankenanstaltenrecht hat ein Zustimmungsrecht des gesetzlichen Vertreters für Personen unter 18 Jahren oder ohne Urteilsvermögen vorgesehen (§ 3 Abs 3 KAG); gem § 36 Abs 2 Unterbringungsgesetz (UbG) kann für minderjährige oder nicht eigenberechtigte Kranke, die außer Stande sind, Grund und Bedeutung einer Behandlung einzusehen und ihren Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen, der gesetzliche Vertreter dieser zustimmen (ein Sachwalter nur dann, wenn die Zustimmung in seinen Wirkungskreis fällt).

nur sofern der Patient nicht selbst ausreichend urteilsfähig war.⁶³ Dies wurde auch aus der dem Sachwalter unabhängig von seinem Wirkungskreis übertragenen Personensorge und der Verpflichtung, die ärztliche Betreuung sicherzustellen, abgeleitet (§ 282 ABGB idF vor dem KindRÄG 2001).⁶⁴ Ob bei schweren Eingriffen zusätzlich zur persönlichen Einwilligung die Zustimmung des Sachwalters erforderlich war, blieb offen.⁶⁵

Mit dem KindRÄG 2001 wurde die Eigenverantwortung nicht eigenberechtigter Personen durch gesetzliche Verankerung der von der Rsp entwickelten Grundsätze gestärkt. Bei gegebener Einsichts- und Urteilsfähigkeit als Geschäftsfähigkeit eigener Art (Handlungsfähigkeit in persönlichen Angelegenheiten) ist die Vertretungsbefugnis des Sachwalters ausgeschlossen (§ 146 c Abs 1 iVm § 282 Abs 1 ABGB idF KindRÄG 2001).⁶⁶ Die Personensorge muss dem Sachwalter im Bestellungsbeschluss nun ausdrücklich übertragen sein.⁶⁷ Weil die besondere elterliche Verantwortung fehlt, soll § 146 c Abs 2 ABGB (Erfordernis der kumulativen Zustimmung des Sorgeberechtigten zur Einwilligung des Kindes bei schwerwiegenden Eingriffen) auf den Sachwalter keine Anwendung finden.⁶⁸ Eine aus § 146 b ABGB (Entscheidung über den Aufenthaltsort im Rahmen der elterlichen Erziehungsgewalt) abgeleitete Bestimmung des Wohnorts des Behinderten mit freiheitsbeschränkender Wirkung durch den Sachwalter stößt auf verfassungsrechtliche Bedenken.⁶⁹

Das SWRÄG 2006 beseitigt bestehende Rechtsunsicherheiten und schreibt die dem Sachwalter anvertraute Personensorge durch Abkopplung vom Kindschaftsrecht angemessener fest (§§ 282 ff ABGB idF SWRÄG 2006). Schwere Eingriffe dürfen nur erfolgen, wenn ein vom be-

handelnden Arzt unabhängiger Mediziner das Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit und die medizinische Indikation (Erforderlichkeit zur Wahrung des Wohls) attestiert. Ansonsten oder wenn der Behinderte seine Ablehnung zu erkennen gibt, ist die Genehmigung des Gerichts einzuholen. Verweigert der Sachwalter die Zustimmung und wird dadurch das Wohl des Behinderten gefährdet, kann das Gericht die Zustimmung ersetzen oder einen anderen Sachwalter bestellen (§ 283 Abs 2 ABGB idF SWRÄG 2006). Über den Wohnort kann ein Sachwalter nur entscheiden, wenn der Behinderte nicht mehr einsichts- und urteilsfähig ist, es der Wahrung seines Wohls dient und der Wirkungsbereich des Sachwalters dies umfasst. Ist die Änderung des Wohnortes dauerhaft, muss sie gerichtlich genehmigt werden (§ 284 a ABGB idF SWRÄG 2006). Die Selbstbestimmung soll schließlich auch dadurch gefördert werden, dass eine Sachwalterbestellung grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn anderweitig (zB durch Vorsorgevollmacht oder Patientenverfügung) im erforderlichen Ausmaß für den Vertretungsbedarf vorgesorgt ist (§ 268 Abs 2 ABGB idF SWRÄG 2006 – Subsidiaritätsprinzip). Die Einwilligung in medizinische Behandlungen oder die Entscheidung über eine dauerhafte Änderung des Wohnorts muss die Vorsorgevollmacht ausdrücklich bezeichnen (§ 284 f Abs 3 ABGB idF SWRÄG 2006), was dem Erfordernis einer Spezialvollmacht entspricht (ähnliches gilt für die Patientenverfügung – § 4 PatVG).

b) Abstammungsangelegenheiten

Auch das Recht, sich über die eigene Abstammung Gewissheit zu verschaffen, ist ein höchstpersönliches Recht, über das eine urteils- und einsichtsfähige Person grundsätzlich selbst entscheiden soll. Andererseits soll vermieden werden, dass unvernünftige oder nachteilige Verfahren eingeleitet werden oder eine handlungsunfähige Person aus der unterlassenen Klärung der tatsächlichen Abstammung Nachteile (Unterhalt, Erbrecht) erleidet.⁷⁰

Das Recht, die Vaterschaft anzuerkennen, ist als absolut höchstpersönliches Recht geregelt, das gesetzliche und gewillkürte Stellvertretung ausschließt (§ 163 c Abs 1 und 3 ABGB). Die Geschäftsfähigkeit in anderen Abstammungsfragen war bis zum Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 BGBl I 2004/58 (FamErbRÄG) allerdings uneinheitlich und widersprüchlich ausgestaltet. Die Bestreitung der Ehelichkeit war in § 157 Abs 1 ABGB aF als höchstpersönliches Recht bezeichnet, das der minderjährige Vater auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erklären durfte. War dem Mann jedoch ein Sachwalter für die Bestreitung bestellt, stand diesem das Recht ohne Rücksicht auf die Handlungsfähigkeit des Ehemanns alleine zu (§ 157 Abs 2 ABGB aF). Der Widerspruch des gesetzlichen Vertreters eines mündigen Kindes gegen ein Vaterschaftsanerkennnis war an dessen

⁶³ OGH 11. 11. 1997, 7 Ob 355/97z, JBl 1998, 443 = RdM 1998/6, 51 (Kopetzki) – Schwangerschaftsabbruch; OGH 21. 10. 1987, 8 Ob 652/87, ÖJZ 1988/85, 403; Maleccky, Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 682. Daher war es immer schon unzulässig, einen Sachwalter zu bestellen, um die selbstbestimmte Entscheidung einer psychisch gesunden Person, die im Widerspruch zum herrschenden Wertesystem steht, zu korrigieren.

⁶⁴ Nach einer auf *Edlbacher* (ÖJZ 1982, 373) zurückgehenden Ansicht wurde angenommen, dass der Sachwalter bei der Einwilligung nicht vertretungsweise tätig sei, sondern im Interesse des Pflegebefohlenen ein eigenes höchstpersönliches Sorgerecht wahrnehme; ebenso *Maleccky*, Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 682; *Schauer* („Vorsorgevollmacht“, RZ 1998, 105) hielt dies für strittig; ablehnend: *Steiner*, Geschäftsfähigkeit und Heilbehandlung, RdM 1994, 9.

⁶⁵ So für Eingriffe an Minderjährigen OGH 19. 12. 1984, 3 Ob 562/84, JBl 1985, 548 = EvBl 1985/85.

⁶⁶ *Schauer*, Rechtssystematische Bemerkungen zum Sachwalterrecht idF KindRÄG 2001, NZ 2001, 275.

⁶⁷ *Weitzenböck* in *Schwimmann*, ABGB³ § 282 Rz 2.

⁶⁸ RV 296 BlgNR 21. GP 81. *Schauer* (Rechtssystematische Bemerkungen, NZ 2001, 279f) folgt dieser Meinung im Ergebnis unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes (keine entsprechenden Zustimmungsvorbehalte des Sachwalters nach § 8 Abs 3 KAG und § 36 UbG); vgl auch *Weitzenböck* in *Schwimmann*, ABGB³ § 273 Rz 10.

⁶⁹ *Schauer*, Rechtssystematische Bemerkungen, NZ 2001, 279; *Weitzenböck* in *Schwimmann*, ABGB³ § 273 Rz 10.

⁷⁰ *Simotta*, Das neue Abstammungsrecht, ÖA 2004, 179.

Zustimmung gebunden. Der Minderjährige konnte aber nicht selbst widersprechen (§ 163d Abs 2 ABGB aF). Die Zustimmung zu einem „vaterschaftsdurchbrechenden“ Anerkenntnis bedurfte weder der Einwilligung des Minderjährigen noch konnte sie von diesem selbst erklärt werden (§ 163e Abs 4 ABGB aF).

Die Aufhebung des § 157 ABGB aF durch den VfGH⁷¹ hat der Gesetzgeber zum Anlass genommen, mit dem FamErbRÄG die persönliche Handlungsfähigkeit in Abstammungsfragen durchgreifend neu zu regeln und die Wertungswidersprüche zu beseitigen. Mit Ausnahme des Vaterschaftsanerkenntnisses, das auch nach dem FamErbRÄG nur persönlich erklärt werden kann (§ 163c Abs 1 ABGB), gilt für die übrigen Abstammungsangelegenheiten⁷² nun folgende einheitliche Regelung: Nicht eigenberechtigte Personen, die einsichts- und urteilsfähig sind, können mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters selbst entscheiden. Der gesetzliche Vertreter kann für sie handeln und bedarf ihrer Zustimmung (§ 138b Abs 1 ABGB).⁷³

Bei Vertretungshandlungen in Abstammungsangelegenheiten, insb bei der Entscheidung, ob ein Abstammungsverfahren eingeleitet wird, hat sich der gesetzliche Vertreter ausschließlich vom Wohl des Vertretenen leiten zu lassen (§ 138b Abs 2 ABGB), was auch für den Sachwalter gilt. Er hat die behinderte Person zu verständigen und ihren Wunsch nach Möglichkeit zu berücksichtigen, sofern es dem Wohl des Behinderten nicht weniger entspricht.⁷⁴ Das „Wohl“ als Handlungsanleitung ist nicht nur auf wirtschaftliche Fragen (Unterhalt, Erbrecht) zu reduzieren. Auch emotionale Momente wie die Rücksichtnahme auf die intakte Beziehung des Behinderten zu der Person, die als sein Kind oder Vater gilt, sind zu beachten.⁷⁵ Die Handlungsmaxime des Wohls ist umfassend, iS der Vermeidung von materiellen Nachteilen und emotionalen Belastungen zu verstehen und für den jeweils zur Entscheidung anstehenden Fall zu bestimmen.

⁷¹ 28. 6. 2003, G 78/00, FamRZ 2003, 1915 (Bernat) – Das Fehlen eines Bestreitungsrechts des Kindes gegen die Abstammung vom Ehemann nach den §§ 156ff ABGB aF wurde als Verstoß gegen Art 8 EMRK erkannt.

⁷² Dazu gehören: Feststellung der Ehelichkeit (§ 138d ABGB), Feststellung der Nichtabstammung des Kindes vom Ehemann der Mutter (§ 156 ABGB), Feststellung der Vaterschaft (§ 163 ABGB), „Vätertauschverfahren“ nach § 163b ABGB, Widerspruch des als Vater geltenden Mannes gegen ein „durchbrechendes“ Vaterschaftsanerkenntnis (§ 163e Abs 3 ABGB), Widerspruch des Kindes gegen das Vaterschaftsanerkenntnis (§ 163d ABGB), Zustimmung des Kindes zum „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkenntnis (§ 163e Abs 2 ABGB).

⁷³ Nach den Erläut des Gesetzgebers gilt eine Person für Zwecke dieser Regelung auch dann als nicht eigenberechtigt, wenn der Sachwalter für eine andere Angelegenheit beigegeben wurde. *Simmotta* (ÖA 2004, 178) hat dazu verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet.

⁷⁴ § 281 Abs 2 ABGB idF SWRÄG 2006; *Stormann* in *Schwimmann*, ABGB³ § 138b Rz 9.

⁷⁵ *Stormann* in *Schwimmann*, ABGB³ § 138b Rz 9.

3. Zusammenfassung der systembildenden Grundsätze

Aus der Darstellung des Einflusses der Sachwalterbestellung auf die Geschäftsfähigkeit in absolut und relativ höchstpersönlichen Angelegenheiten und der Verbesserung der Persönlichkeitsrechte auf diesem Gebiet durch die jüngste Rechtsentwicklung lassen sich folgende Grundsätze zusammenfassen:

a) Absolut höchstpersönliche Rechte können von einem Sachwalter nicht ausgeübt werden.

b) Wenn zur Vermeidung einer Gefährdung gesetzlich geschützter Interessen des Behinderten (zB Gesundheit, Nachteile aus der unrichtigen Lösung von Statusfragen) eine Entscheidung getroffen werden muss, ist ein Eingriff in die Gefühlssphäre der Person gerechtfertigt. Der Sachwalter hat dort gewisse Vertretungs- und Mitwirkungsrechte (relativ höchstpersönliche Rechte). Ist der Behinderte jedoch fähig, Grund und Bedeutung der Angelegenheit zu erfassen und seinen Willen entsprechend dieser Einsicht zu bestimmen (Urteils- und Einsichtsfähigkeit bzw persönliche Handlungsfähigkeit), kann ihn der Sachwalter auch hier nicht bzw nicht alleine vertreten. Nur wenn die Urteils- und Einsichtsfähigkeit verloren gegangen ist, kann der Sachwalter alleine handeln. Nach jüngsten gesetzlichen Neuerungen kommt auch in diesem Fall die Vertretung durch einen Sachwalter nicht in Frage, wenn dazu eine gültige Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht errichtet wurde.

c) Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen hat sich der Sachwalter auch bei der Entscheidung höchstpersönlicher Fragen am Wohl des Betroffenen (Vermeidung der Gefahr eines Nachteils – § 273 Abs 1 ABGB, § 268 Abs 1 ABGB idF SWRÄG 2006) zu orientieren. Was darunter zu verstehen ist, lässt sich aus den gesetzlich anerkannten Interessen, deren Schutz dem Sachwalter aufgegeben ist, konkretisieren, sodass dem Sachwalter kein sehr weiter Entscheidungsspielraum verbleibt. Ob eine lebensrettende Operation, die Feststellung der Vaterschaft für ein ansonsten unversorgtes Kind oder die Bestreitung einer vermuteten Abstammung schädliche Folgen abwehrt und dem Vertretenen dadurch nützt, ergibt sich aus der Natur der Sache.

4. Konsequenzen für die Stifterrechte

a) Kritik an der Position von *Ofner* und der Rechtsprechung

*Ofner*⁷⁶ sieht im Unterlassen des Widerrufs die Gefahr vermögensrechtlicher Nachteile für den Stifter. Um sie hintanzuhalten, müsse der Sachwalter für den Stifter handeln können. *Ofner* leitet dies aus den abgestuften Kompetenzen ab, die dem Sachwalter bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§ 568 ABGB), der Eheschließung durch beschränkt Geschäftsfähige (§ 3 Abs 1 EheG)

⁷⁶ NZ 2001, 272ff.

und im Zusammenhang mit der Einbringung der Ehelichkeitsbestreitungsklage nach § 157 ABGB idF vor dem FamErbRÄG zukommen bzw zukamen. Diese Bestimmungen ließen erkennen, dass der Gesetzgeber mit zunehmendem Gefährdungspotential für den Behinderten weitreichendere Eingriffe in die Entscheidungsautonomie (Gefühlssphäre) zulasse und für gerechtfertigt erachte. Von einer letztwilligen Verfügung würden dem Betroffenen keine Vermögensnachteile drohen, weil sie erst nach seinem Tod wirksam werde. Deshalb scheidet hier eine Vertretungstätigkeit des Sachwalters zwecknotwendig überhaupt aus. Wegen der geringeren vermögensrechtlichen Bedeutung der Eheschließung seien die Vermögensinteressen durch das Zustimmungserfordernis des Sachwalters (§ 3 Abs 1 EheG) ausreichend gewahrt. Verhalte sich der Sachwalter passiv, komme die Ehe nicht zustande. Weitere Mitwirkungsbefugnisse seien nicht erforderlich. Das Recht des Sachwalters, die Ehelichkeitsbestreitungsklage vertretungsweise (auch ohne Zustimmung oder gegen den Willen des Behinderten) einzubringen (§ 157 ABGB idF vor dem FamErbRÄG) sei hingegen mit der ungleich größeren rechtlichen Bedeutung zu erklären, die diesem Schritt (im Vergleich mit Testament und Eheschließung) zukomme. Hier gehe es darum, dass ein aktives Tun gefordert sei, um den Besachwalteten vor Rechtsnachteilen zu schützen. Der Stiftungswiderruf, so *Ofner*, sei der Gefährdungslage bei der Ehelichkeitsbestreitung ähnlich. In gleicher Weise müsse der Widerruf vom Sachwalter erklärt werden können, um den Rückfluss des Stiftungsvermögens an den Stifter zu erreichen (§ 36 Abs 2 und 4 PSG).

Dieser Argumentation wurde mit dem FamErbRÄG und der Angleichung des Prozedere für die Bestreitung der Abstammung vom Ehemann der Mutter an das Regelungsschema der Eheschließung nicht geschäftsfähiger Personen (§ 3 Abs 1 EheG) der Boden entzogen (s dazu oben unter Abschnitt E.2.b.). Eine Bestreitung gegen den Willen des urteils- und einsichtsfähigen Besachwalteten ist demnach nicht mehr möglich, selbst wenn mit der Unterlassung für den Betroffenen erhebliche und nachteilige vermögensrechtliche Konsequenzen verbunden sind (§ 156 iVm § 138 b Abs 1 ABGB). Löst man das Problem nach den gefestigten Rechtssätzen (Abschnitt E.3.), dann hat der Sachwalter jedenfalls soweit keine Befugnis zum Widerruf, als der Stifter noch einsichts- und urteilsfähig ist. Wenn für die Ausübung des Widerrufsrechtes eine Spezialvorsorgevollmacht vorliegt, schließt sie in ihrem Umfang auch nach dem Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit die Vertretungsbefugnis bzw Bestellung eines Sachwalters aus. Meines Erachtens mangelt es aber überhaupt an der Vergleichbarkeit von Ehelichkeitsbestreitung und Widerruf. Die Bestreitung der Abstammung dient der Bekämpfung von Rechtsfolgen aus einem externen Geschehen, an dem der Bestreitende nicht beteiligt war und das er nicht gewollt hat. Der Widerruf der PS hingegen soll die vom Stifter selbst getroffene Entscheidung aufheben und Ergebnisse seiner eigenen

Willensbildung revidieren. Sein höchstpersönlicher Entscheidungsbereich ist davon viel stärker betroffen und berührt.

Ergänzend zu den Ausführungen von *Ofner* hat der OGH (11. 9. 2003, 6 Ob 106/03m) darauf hingewiesen, dass das Widerrufsrecht für den Stifter im Notfall „existenzielle Bedeutung“ haben könne und deshalb zu den vermögensrechtlichen Angelegenheiten des § 273 ABGB zu zählen sei. Auch das überzeugt nicht. Um in einer existenziellen Notlage des Stifters dessen Unterhalt zu sichern, wäre die (analoge) Anwendung der Regeln über den partiellen Schenkungswiderruf wegen Dürftigkeit (§ 947 ABGB)⁷⁷ das sachgerechtere Mittel. Die Stiftungserklärung kann die Ausübung der Stifterrechte von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen oder sonstigen Einschränkungen unterwerfen (Wegfall des Gegenstandes des Stiftungszwecks oder bestimmter Begünstigter, Abberufung oder Rücktritt von Organmitgliedern), die die Vermögensinteressen des Stifters nicht tangieren. Will man die Berücksichtigung existenzieller Interessen auf jeden Fall gewahrt wissen, dann dürfte dies nicht von interessenfremden Regelungen in der Stiftungserklärung abhängen. Der Rechtsbehelf des § 947 ABGB kann einem Versorgungsnotstand auch bei der unwiderruflichen Stiftung abhelfen.

Schließlich könnte der Sachwalter über den Widerruf nicht nach den gesetzlich aufgegebenen Entscheidungskriterien befinden. Richtschnur für sein Handeln ist die Förderung des Wohles des Besachwalteten iS der Bewahrung vor Nachteilen. Der Widerruf einer PS hängt von subjektiven, schwer fassbaren und gefühlsbestimmten Erwägungen ab, wenn man nicht davon ausgeht, dass der Sachwalter einen möglichen und vermögensmehrenden Widerruf automatisch zu erklären habe. Die eigentlichen subjektiven Absichten und Motive des Behinderten wird der Sachwalter auch nicht im Rahmen des Äußerungsrechts gem § 273 a Abs 3 ABGB (§ 281 Abs 2 ABGB idF SWRÄG 2006) – wie der OGH vermeint – verlässlich klären können. Maßgebliche Entscheidungsgründe würden sich einer Überprüfung durch das Gericht weitgehend entziehen. Ein Sachwalter, der einzelnen Begünstigten oder möglichen Erben nahe steht, hätte unter Umständen unerträgliche Interessenkonflikte zu gewärtigen. Nur die Behebung einer materiellen Notlage wäre eine objektiv nachvollziehbare Entscheidungsvoraussetzung. Ihr kann aber mit dem Mittel des partiellen Schenkungswiderrufs begegnet werden. Dass der Widerruf der PS losgelöst von objektivierbaren Kriterien erklärt werden müsste, bildet daher, entgegen der Meinung von *Ofner*, einen entscheidenden Unterschied zu angestammten Aufgaben des Sachwalters wie der Schenkungsanfechtung oder Abstammungsbestreitung.

⁷⁷ Die Schenkung wird nicht aufgehoben. Der Geschenkgeber kann eine Rente von jährlich 4% des vorhandenen Geschenkswerts fordern.

b) Eigener Standpunkt

Auch unter dem Fürsorgegesichtspunkt des Sachwalterrechts besteht kein Grund, die Stifterrechte den relativ höchstpersönlichen Rechten zuzuordnen und ihre Ausübung durch Sachwalter zuzulassen. Berücksichtigungswerte Gründe zum Schutz überwiegender anderer Interessen des Stifters liegen nicht vor.

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Meines Erachtens können Stifterrechte (Änderung der Stiftungserklärung oder Widerruf der PS) aufgrund ihres

höchstpersönlichen Charakters von einem Sachwalter nicht wahrgenommen werden. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit sollte dies in der Stiftungserklärung klargestellt werden.

2. Verfügt der behinderte Stifter über die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so ist die Vertretung durch einen Sachwalter mit Sicherheit nicht möglich.

3. Allenfalls kann ein mit Spezial- oder Vorsorgevollmacht ausgewiesener gewillkürter Vertreter des Stifters handeln. Die Voraussetzungen und Bedingungen für die Rechtsausübung müssen in der Vollmacht genau bestimmt sein.