

ses auch während der Organtätigkeit aus. Die rechtliche Schlussfolgerung, dass die ausdrückliche Versagung des Bezugs von Insolvenz-Ausfallgeld für „Organmitglieder“ nicht zwangsläufig bedeutet, dass dieser Ausschluss nur bis zur formellen Beendigung der Organtätigkeit wirkt, war somit nach der Rechtslage vor dem Insolvenzrechts-Änderungsgesetz 2005 iSd Vermeidung von Missbräuchen durchaus konsequent.

Völlig anders stellt sich die vorliegende Situation dar. Die Klägerin war während ihrer Zeit als Vorstandsmitglied mangels „Arbeitnehmereigenschaft“ iSd § 1 Abs 1 IESG, der ausdrücklich auf „Arbeitnehmer“ abstellt, überhaupt nicht vom Regime dieses Gesetzes erfasst. Aus den Feststellungen ergibt sich nun, dass die Klägerin nach Beendigung der (mit einem Jahr befristeten) Vorstandsfunktion Tätigkeiten im Rahmen eines – unstrittig – „echten“ Arbeitsverhältnisses ausübte. Da das bereits im Jahr 2003 zur späteren Gemeinschuldnerin begründete Dienstverhältnis der Klägerin – ausgehend vom Sachverhalt – faktisch für die Dauer der Vorstandsfunktion karenziert war, war die Klägerin jedenfalls vom 22.5. bis zu ihrem vorzeitigen Austritt am 31.5.2006 Arbeitnehmerin iSd § 1 Abs 1 IESG. Sowohl die Vorinstanzen als auch die beklagte Partei sind sich offenbar im Klaren darüber, dass eine „Fortwirkung der Organtätigkeit“ nach der seit 1.10.2005 geltenden Rechtslage schon deshalb ausscheidet, weil die Organe (als solche) nicht mehr vom Bezug von Insolvenz-Ausfallgeld ausgenommen sind.

Eine Fortwirkung der „Nichtarbeitnehmereigenschaft“ entbehrt aber jeder gesetzlichen Grundlage und ist auch mit der Zielsetzung der Insolvenz-Richtlinie idF der Richtlinie 2002/74/EG nicht vereinbar. Nach Art 2 Abs 3 dieser Richtlinie dürfen die Mitgliedstaaten den Anspruch der Arbeitnehmer auf Schutz nach dieser Richtlinie nicht von einer Mindestdauer des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses abhängig machen. Wollte man der Klägerin den Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld deshalb versagen, weil sich an die Zeit der „Nichtarbeitnehmereigenschaft“ als Vorstandsmitglied lediglich ein kurzfristiges „echtes“ Arbeitsverhältnis anschloss, würde dies zu einem eklatanten Widerspruch mit der Insolvenz-Richtlinie führen. Ob in besonders gelagerten Fällen zur Vermeidung von Missbräuchen iSd Art 10 der Insolvenz-Richtlinie einem vormaligen Vorstandsmitglied Insolvenz-Ausfallgeld für ein an die Vorstandsfunktion anschließendes Arbeitsverhältnis ausnahmsweise versagt werden kann, ist hier nicht zu prüfen, weil der vorliegende Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte für einen derartigen Missbrauch durch die Klägerin liefert.

Allerdings haben die Vorinstanzen – offenbar aufgrund der von ihnen vertretenen Rechtsansicht – weder mit den Parteien erörtert noch ausreichende Feststellungen darüber getroffen, inwieweit hinsichtlich der im Revisionsverfahren noch strittigen Ansprüche die Voraussetzungen des § 3a Abs 2 (laufendes Entgelt ab Konkurseröffnung) bzw des § 3b IESG (hinsichtlich der offenen Beendigungsansprüche) erfüllt sind.

Insb wird zu beachten sein, dass dann, wenn nicht ein Anwendungsfall des § 3a Abs 2 Z 1 bis 4 bzw § 3b Z 1 bis 2 leg cit vorliegt, das Insolvenzausfallgeld nur als Ausfallhaftung unter den Voraussetzungen des § 3a Abs 4 IESG gebührt (§ 3a Abs 2 Z 5 und § 3b Z 3 bis 4 IESG).

## Privatstiftung

**Rechtsmittellegitimation der Privatstiftung, (nachträgliche) Änderung der Regelungen über die Ausübung der Stifterrechte, Besetzung des Beirats, Erweiterung der zustimmungspflichtigen Geschäfte in einer durch den Beirat beschlossenen Geschäftsordnung**

§ 3 Abs 2 und 3, § 9 Abs 2, §§ 14, 22, 23, 25 Abs 1 und 2, §§ 33, 34 PSG

§ 2 Abs 1 Z 2 AußStrG

§ 90 Abs 1, § 95 Abs 5 AktG

**1. Lehnt das Firmenbuchgericht die vom Vorstand in vertretungsbefugter Anzahl angemeldete Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde ab, so tritt eine Beschwer der Privatstiftung ein, sie ist als Partei rekurs- und revisionsrekursberechtigt.**

**2. Haben sich sämtliche Stifter nach dem Inhalt der auszulegenden Stiftungsurkunde das unbeschränkte Änderungs- und Widerrufsrecht vorbehalten und zugleich Regelungen über eine (zeitlich gestaffelte) Ausübung der Stifterrechte getroffen, so liegt darin bloß ein zeitlicher Ausschluss von der Ausübung dieser Rechte, nicht aber ein Verzicht auf das Änderungs- und Widerrufsrecht; der nach der Regelung jeweils ausübungsberechtigte Stifter ist auch zu einer Neuordnung der Ausübung der Stifterrechte berechtigt.**

**3. Die Stiftungsurkunde muss den Umfang der zustimmungspflichtigen Geschäfte nicht abschließend definieren.**

**4. Ob der Beirat ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ ist, bestimmt sich vorrangig nach den in der Stiftungsurkunde eingeräumten Überwachungs- und Zustimmungsrechten. Ist die dem Beirat zugewiesene Funktion einem Aufsichtsrat vergleichbar, ist eine Doppelmitgliedschaft im Stiftungsvorstand und Beirat nicht zulässig.**

OGH 13.3.2008, 6 Ob 49/07k (OLG Linz 6 R 168/06b; LG Linz 32 Fr 939/06t); siehe auch 6 Ob 50/07g (OLG Linz 6 R 169/06z; LG Linz 32 Fr 940/06v)

Mit Notariatsakt vom 1.8.2000 wurde die Stiftungsurkunde der von insgesamt drei Stiftern zuvor errichteten Privatstiftung neu gefasst. Sie enthält ua folgende Bestimmungen:

„§ 9 Beirat

(1) Nach Ableben aller Stifter oder wenn keinem Stifter und keiner(n) letztwillig berufenen Person(en)/Stelle ein Beststellungsrecht nach § 7 Abs 7 zukommt, hat die Privatstiftung einen Beirat, dessen Aufgabe die Wahrung des Stiftungszwecks ist. Der Beirat besteht aus mindestens drei, höchstens fünf Mitgliedern.

Mitglieder des Stiftungsvorstands dürfen nicht gleichzeitig Mitglieder des Beirats sein. Begünstigte und ihre Angehörigen (§ 15 Abs 2 PSG) dürfen nicht die Mehrheit im Beirat stellen.

#### § 11 Änderung der Stiftungserklärung

(1) Die Stifter behalten sich sowohl für die Zeit vor wie für jene nach dem Entstehen der Privatstiftung die – auch allumfassende und wiederholte – Änderung der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde) vor. Das Recht zur Änderung kommt nach Entstehen der Privatstiftung der Stifterin ... (A) ausschließlich zu. Nach ihrem Ableben geht dieses Recht auf die Stifter ... (B) und Frau ... (C) über. Diese haben eine einstimmige Entscheidung zu treffen. Ist nur mehr ein Stifter am Leben, kommt diesem die Befugnis alleine zu. Die Stifter sind auch berechtigt, den Stiftungszweck und die Begünstigten zu ändern.

#### § 12 Widerruf der Stiftungserklärung bzw der Privatstiftung

(1) Die Stifter behalten sich für die Zeit vor dem Entstehen der Privatstiftung den Widerruf der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde) sowie für die Zeit nach dem Entstehen der Privatstiftung den Widerruf der Privatstiftung vor. Das Recht auf Widerruf der Privatstiftung kommt nach Entstehen derselben jeweils dem (den) Stifter(n) zu, der (die) zur Änderung der Stiftungserklärung (§ 11) berufen ist (sind).“

Die Stifter haben am 16.2.2006 eine (weitere) Neufassung der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde beschlossen. In der neu gefassten Stiftungsurkunde wird Stifter B als Hauptstifter und werden Stifter C und Stifter A als Nebenster bezeichnet. Diese Neufassung der Stiftungsurkunde vom 16.2.2006 enthält ua folgende Bestimmungen:

#### „§ 8 Stiftungsvorstand

...

(3) Zu Lebzeiten und bei Geschäftsfähigkeit des Hauptstifters steht das Recht auf Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands ausschließlich dem Hauptstifter zu.

Kommt dem Hauptstifter das Recht zur Bestellung und Abberufung (insbesondere infolge Ablebens oder Geschäftsunfähigkeit) nicht mehr zu, erfolgen Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands nach nachstehenden Regelungen:

(a) bis (g): ...

(h) Ist ein Beirat eingerichtet, kommen Bestellungs- und Abberufungsbefugnis hinsichtlich der Mitglieder des Stiftungsvorstandes ausschließlich diesem zu.

...

(5) Die Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands darf ausschließlich aus wichtigem Grund erfolgen

(a) durch die Person(en), dem (denen) das Recht auf Bestellung und Abberufung des Vorstandes im Sinne vorstehender Regelungen zukommt;

(b) durch einstimmigen Beschluss des Beirats (insofern ein solcher eingerichtet ist);

(c) durch das Gericht.

Als wichtige Gründe gelten jedenfalls die in § 27 Abs 2 PSG genannten und ihnen gleichwertige Gründe; so stellt insbesondere eine Interessenskollision bei Verfolgung des Stiftungszwecks oder Vollziehung der Begünstigtenregelung einen wichtigen Grund zur Abberufung dar.

...

(16) Folgende Geschäfte und Rechtshandlungen darf der Stiftungsvorstand nur nach vorheriger Konsultation und Zustimmung

des Hauptstifters, sofern dieser verstorben oder geschäftsunfähig ist, der anderen in § 8 Abs 3 der Stiftungsurkunde genannten Personen (in sinnemäßiger Anwendung dieser Bestimmung) oder des Beirates (sofern ein solcher eingerichtet ist) vornehmen:

...

Dem Hauptstifter steht es frei, unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen eine Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand zu erlassen. Nach Ableben oder bei Geschäftsunfähigkeit des Hauptstifters kommt dieses Recht dem Beirat zu, sofern ein solcher eingerichtet ist. Im Rahmen einer derartigen Geschäftsordnung können auch die in § 8 Abs 16 der Stiftungsurkunde festgelegten zustimmungspflichtigen Geschäfte bzw Maßnahmen angepasst, erweitert oder – insbesondere bei geänderten Umständen – auch eingeschränkt werden.

...

#### § 9 Beirat

(1) Nach Ableben oder bei Geschäftsunfähigkeit des Hauptstifters sowie der anderen in § 8 Abs 3 der Stiftungsurkunde genannten Personen bzw wenn keiner Person ein Bestellungsrecht nach § 8 Abs 3 zukommt, hat die Privatstiftung einen Beirat.

Der Beirat besteht aus mindestens drei, höchstens fünf Mitgliedern.

Mitglieder des Stiftungsvorstands können – soweit rechtlich zulässig – gleichzeitig Mitglieder des Beirats sein; doch müssen im Beirat stets Mitglieder die Mehrheit haben, die nicht gleichzeitig dem Stiftungsvorstand angehören.

...

(21) Dem Beirat kommen alle Rechte zu, die ihm die Stiftungserklärung einräumt bzw die zur Überwachung der Einhaltung des Stiftungszwecks und zur Beratung und Überwachung des Stiftungsvorstands erforderlich sind, sowie jene Rechte, die das PSG Stiftungsorganen im Allgemeinen oder Begünstigten einräumt. Diese Rechte sind beispielsweise die Antragstellung bei Gericht bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Stiftungsprüfer und Organen der Privatstiftung (§ 21 Abs 4 PSG), Anträge auf gerichtliche Bestellung oder Abberufung von Stiftungsorganen und deren Mitgliedern (§ 27 PSG), der Auskunftsanspruch gemäß § 30 PSG, der auch die Einsichtnahme in den Jahresabschluss, den Lagebericht, den Prüfungsbericht, die Bücher, die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde umfasst, sowie das Recht, bei Gericht eine Sonderprüfung zu beantragen (§ 31 PSG). Dem Beirat ist Gelegenheit zu geben, in die Protokolle und Umlaufbeschlüsse des Stiftungsvorstands Einsicht zu nehmen. Jahresabschluss, Lagebericht und Prüfungsbericht der Privatstiftung sind jedem Mitglied des Beirates innerhalb eines Monats ab Vorliegen durch den Stiftungsvorstand ohne weitere Aufforderung zu übersenden. Innerhalb von längstens zwei Monaten ab Übersendung von Jahresabschluss, Lagebericht und Prüfungsbericht an die Mitglieder des Beirates findet über Verlangen auch nur eines einzigen Beiratsmitgliedes eine Beiratssitzung (,ordentliche Beiratssitzung') statt, in welcher der Stiftungsvorstand dem Beirat über das abgelaufene Geschäftsjahr berichtet sowie den Jahresabschluss und den Lagebericht näher erläutert. Der Stiftungsvorstand hat dem Beirat weiters in regelmäßigen Abständen, jedenfalls aber nach Abhaltung einer Sitzung des Stiftungsvorstands, über seine Tätigkeit und die Gebarung der Privatstiftung zu berichten. In dringenden Fällen bzw bei außerordentlichen Vorkommnissen bzw Vornahme derartiger Geschäfte ist dem Beirat jederzeit Bericht zu erstatten.

#### § 12 Änderung der Stiftungserklärung, Widerruf der Privatstiftung

(1) Die Stifter behalten sich die – auch allumfassende und wiederholte – Änderung der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde

und Stiftungszusatzurkunde) vor. Sie sind auch berechtigt, den Stiftungszweck und die Begünstigten zu ändern. Zur Ausübung dieses Rechtes gilt im Übrigen § 14 der Stiftungsurkunde. ...

(2) Die Stifter behalten sich den Widerruf der Privatstiftung vor. Ein Widerruf der Privatstiftung wirkt jeweils für und gegen alle Stifter und die gesamte Privatstiftung. ... Zur Ausübung dieses Rechtes gilt im Übrigen § 14 der Stiftungsurkunde.

...

#### § 14 Ausübung der Stifterrechte

(1) Die den Stiftern kraft Gesetzes, dieser Stiftungsurkunde oder der Stiftungszusatzurkunde zukommenden Rechte (in weiterer Folge auch kurz Stifterrechte) werden – soweit nicht ausdrücklich Gegenteiliges festgehalten wird oder dem gesetzlich zwingende Bestimmungen entgegenstehen – wie folgt ausgeübt:

(a) Zu Lebzeiten und bei Geschäftsfähigkeit des Hauptstifters steht die Ausübung der Stifterrechte ausschließlich diesem zu.

(b) Ist der Hauptstifter geschäftsunfähig, ist sein Sachwalter oder sonstiger Vertreter nicht zur Ausübung der Stifterrechte befugt. Ebenso wenig stehen die Rechte einem Masseverwalter eines Stifters zu. ...

(c) Die Nebensterker haben bei der Ausübung der Stifterrechte keine Stimme und wirken an der Ausübung der Stifterrechte auch nicht mit (dies mit Ausnahme der Sonderregelung für die Änderung der Stiftungserklärung nach § 14 Abs 3 der Stiftungsurkunde und soweit dies gesetzlich zwingend vorgesehen ist).

(2) Zu den Stifterrechten, die nach obigen Regelungen ausgeübt werden, gehören insbesondere die Rechte auf

(a) die Änderung der Stiftungserklärung (§ 12 Abs 1 der Stiftungsurkunde);

(b) Widerruf der Privatstiftung (§ 12 Abs 2 der Stiftungsurkunde);

(c) oder weitere in der Stiftungserklärung oder kraft Gesetzes den Stiftern zugewiesene Bereiche.

(3) Sonderregelung für die Änderung der Stiftungserklärung: Ist der Hauptstifter verstorben oder geschäftsunfähig, steht das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung den Nebensterkern zu und wird von diesen gemeinsam ausgeübt. Eine Ausübung des Änderungsrechtes durch die Nebensterker bedarf der einstimmigen Zustimmung des Beirates, soweit ein solcher eingerichtet ist, sonst des Stiftungsvorstands. Der Stiftungsvorstand ist gehalten, dem Firmenbuchgericht bei der maßgeblichen Anmeldung die jeweilige Zustimmung nachzuweisen.“

Das Erstgericht wies den Antrag auf Eintragung der Neufassung der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde ab.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Privatstiftung nicht Folge.

Der OGH gab dem Revisionsrekurs der Privatstiftung nicht Folge.

Aus der Begründung des OGH:

#### 1. Rechtsmittellegitimation der Privatstiftung:

Der Antrag auf Eintragung der Neufassungen der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde wurde von zwei gemeinsam vertretungsbefugten Mitgliedern des Stiftungsvorstands gestellt; sowohl den Rekurs gegen die Antragsabweisung durch das Erstgericht als auch den Revisionsrekurs hat die Privatstiftung selbst erhoben. ...

Der erkennende Senat hat bei einer mit dem Anlassfall identen Konstellation keine Bedenken gegen die Zulässigkeit eines von der Privatstiftung allein erhobenen Revisionsrekurses gehabt (6 Ob 61/04w = GeS 2004, 391 [N. Arnold] = GesRZ 2004, 392 = RdW 2004, 596 = ecolex 2005, 16 = NZ 2005, 243). Daran ist festzuhalten:

Der Stiftungsvorstand hat die Änderung der Stiftungsurkunde und die Tatsache der Änderung der Stiftungszusatzurkunde zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden. Die Änderung wird mit der Eintragung in das Firmenbuch wirksam (§ 33 Abs 3 PSG). Aus dem letzten Satz folgt, dass jedenfalls die Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde konstitutiv wirkt (vgl nur N. Arnold, PSG<sup>2</sup>, § 33 Rz 71 f mwN). Die auf eine konstitutiv wirkende, die Rechtsänderung erst herbeiführende Eintragung gerichtete Anmeldung erfolgt im Namen der Privatstiftung; Anmeldende ist in einem solchen Fall daher die Stiftung selbst, vertreten durch ihren Vorstand (vgl G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, Firmenbuchgesetz, § 15 Rz 68 mwN und Rz 90 f; siehe auch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup>, § 9 Rz 4 mwN). Bei Ablehnung der Eintragung ist sie beschwert und daher als Partei (§ 2 Abs 1 Z 2 AußStrG iVm § 15 Abs 1 FBG) rekurs- und revisionsrekursberechtigt (vgl G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, aaO, Rz 168 mwN).

Für die Anmeldung einer Änderung der Stiftungserklärung genügt es, dass sie von Stiftungsvorstandsmitgliedern in vertretungsbefugter Anzahl vorgenommen wird, wenn die Stiftungserklärung vom Erfordernis des gemeinschaftlichen Handelns sämtlicher Mitglieder des Stiftungsvorstands absieht (§ 17 Abs 3 Satz 1 PSG) abgeht (N. Arnold, PSG<sup>2</sup>, § 33 Rz 70; K. Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, § 33 Rz 34).

#### 2. Änderung der Ausübung der Stifterrechte:

a.) Nach dem Entstehen einer Privatstiftung kann die Stiftungserklärung vom Stifter nur geändert werden, wenn er sich Änderungen vorbehalten hat (§ 33 Abs 2 Satz 1 PSG). Eine Privatstiftung kann vom Stifter nur dann widerrufen werden, wenn er sich den Widerruf in der Stiftungserklärung vorbehalten hat (§ 34 Satz 1 PSG). Behält sich der Stifter das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung oder zum Widerruf der Stiftung vor, so können sich daraus Einflussmöglichkeiten des Stifters auf das Stiftungsgeschehen ergeben, sodass das Prinzip der vollständigen Trennung der Stiftung vom Stifter nicht verwirklicht ist (vgl 6 Ob 61/04w mwN). Hat eine Privatstiftung mehrere Stifter, so können die dem Stifter zustehenden oder vorbehaltenen Rechte nur von allen Stiftern gemeinsam ausgeübt werden, es sei denn, die Stiftungsurkunde sieht etwas anderes vor (§ 3 Abs 2 PSG). Die gesetzlich vorgesehene gemeinsame Ausübung ist daher dispositiv (6 Ob 61/04w). Rechte des Stifters, die Privatstiftung zu gestalten, gehen nicht auf die Rechtsnachfolger über (§ 3 Abs 3 PSG).

Im Anlassfall haben sich die Stifter in § 11 Abs 1 der gültigen Stiftungsurkunde „die – allumfassende und

wiederholte – Änderung der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde)“ und in deren § 12 Abs 1 Satz 1 den Widerruf der Privatstiftung vorbehalten. Zu Lebzeiten der Stifterin A kommt ausschließlich dieser das Recht zur Änderung und auf Widerruf zu. Nach ihrem Ableben gehen diese Rechte auf die beiden anderen Stifter über, die eine einstimmige Entscheidung zu treffen haben. Auch nach § 12 der neu gefassten Stiftungserklärung behalten sich die Stifter „die – auch allumfassende und wiederholte – Änderung der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde)“ und den Widerruf der Privatstiftung vor. Nach dem neuen § 14 der Stiftungsurkunde steht – in Änderung der gültigen Regelung – ausschließlich dem nunmehrigen Hauptstifter (Stifter B) zu seinen Lebzeiten die Ausübung der Stifterrechte zu, solange er geschäftsfähig ist. Die Nebenstifter (C und A) haben bei der Ausübung der Stifterrechte keine Stimmen und wirken an der Ausübung der Stifterrechte nicht mit. Für die Änderung der Stiftungserklärung wurde davon abweichend eine Sonderregelung getroffen: Das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung steht den Nebenstiftern zu, wenn der Hauptstifter verstorben oder geschäftsunfähig ist. Das Recht wird von den Nebenstiftern gemeinsam ausgeübt. Ist ein Beirat eingerichtet, so bedarf die Ausübung seiner einstimmigen Zustimmung, sonst derjenigen des Stiftungsvorstands. ...

Im Schrifttum sind die Meinungen geteilt, ob eine Aufhebung von inhaltlichen oder zeitlichen Beschränkungen des Änderungsrechts des Stifters, die er sich selbst auferlegt hat, möglich ist. Nach manchen Autoren ist dies nicht der Fall, weil sich der Stifter mit der ursprünglichen Einschränkung endgültig des restlichen Umfangs seines Gestaltungsrechts begeben habe (Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG, § 33 Rz 24; G. Nowotny in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen, 141 f; Diregger/Winner in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 117; Hochedlinger/Hasch, „Exekutionssichere“ Gestaltung von Stiftungserklärungen, RdW 2002, 194 [197]; Keller, Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht, 113).

N. Arnold (PSG<sup>2</sup>, § 33 Rz 40 f) vertritt eine gegenteilige Auffassung, verbiete doch das PSG nicht, eine freiwillige Beschränkung des Gestaltungsrechts aufzuheben. Die Modalitäten der Ausübung des Änderungsrechts (§ 3 Abs 2 PSG), die insb bei Stiftermehrheit zumeist zeitliche Abfolgen enthielten, seien keine freiwilligen Selbstbeschränkungen (auch keine solchen zeitlicher Natur) und könnten bei unbeschränktem Änderungsvorbehalt auch nachträglich abgeändert werden.

Hochedlinger (Verzicht lediglich eines Mitstifters auf gemeinsam vorbehaltenes Änderungsrecht möglich? eolex 2004, 863) vertritt ebenso, dass eine Aufhebung der Beschränkung der Änderung „unter Einhaltung der ursprünglichen Beschränkung“ zulässig ist.

Auch Ch. Nowotny (in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, aaO, 134) bezweifelt, ob das Wesen der Stiftung eine Ein-

schränkung der Änderungsbefugnis erfordere. Das Gesetz lasse es zu, dass der Stifter weitgehend privat-autonom der Stiftung den Willen vorgebe und auch Stifterrechte nachträglich korrigiere oder ändere. Der Stifter könne bei Ausübung seines Änderungsrechts eine Erweiterung seiner Stifterrechte vornehmen.

In der E 6 Ob 61/04w führte der OGH aus, grundsätzlich sei die Erwägung richtig, dass eine einmal getroffene Einschränkung des Änderungsrechts des Stifters in dem in die Stiftungserklärung aufgenommenen Vorbehalt nicht nachträglich wieder aufgehoben werden dürfe. Die Schranken der Änderungsbefugnis müssten sich aus der auszulegenden Stiftungserklärung ergeben. Hätten sich die Stifter in der Stiftungserklärung „in allen Belangen“ eine Änderung vorbehalten und hierzu die Einstimmigkeit, also die gesetzliche Regelung, für erforderlich erklärt, so könnten sie das Einstimmigkeitserfordernis nachträglich abändern, wenn sie sich ein umfassendes Änderungsrecht vorbehalten, sei doch § 3 Abs 2 PSG nur eine dispositive Regel.

§ 3 Abs 2 PSG ermöglicht den Stiftern, Vorkehrungen über die Ausübung der Stifterrechte in der Stiftungsurkunde zu treffen. Inhaltliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Regelungen über die Ausübung der Stifterrechte sieht das Gesetz nicht vor. Sie können daher nach dem Grundsatz der Privatautonomie von den Stiftern weitgehend frei gestaltet werden und sind innerhalb der von der Rechtsordnung vorgegebenen Schranken zulässig (Kalss/Zollner, Ausübung und Änderung von Stifterrechten bei einer Stiftermehrheit, GesRZ 2006, 227 [229]). Die im Anlassfall geltende Stiftungsurkunde sieht eine in der Praxis weitverbreitete zeitliche Staffelung der Stifterrechte, insb der Gestaltungsrechte „Änderung der Stiftungserklärung“ und „Widerruf der Privatstiftung“ vor: Zunächst steht nur einer Stifterin die Ausübung dieser Stifterrechte zu, erst nach ihrem Ableben geht die Kompetenz zur Ausübung dieser Stifterrechte auf die anderen Stifter über. Diese Regelung ist auch unter dem Aspekt des § 3 Abs 3 PSG unbedenklich, handelt es sich doch nicht um eine Vererbung von Stifterrechten. Sie gestaltet nur die Ausübbarkeit der Stifterrechte, die in der Stiftungsurkunde vorbehalten worden sein müssen, um überhaupt entstanden zu sein, unter den Stiftern unterschiedlich, indem die Ausübbarkeit an die Bedingung des Ablebens einer Stifterin gebunden wird. Zu deren Lebzeiten haben die beiden anderen Stifter nur eine Anwartschaft auf die spätere Ausübung der Stifterrechte (vgl Kalss/Zollner, aaO, 230). Nicht das Änderungs- und das Widerspruchsrecht sind bedingt, sondern die Ausübbarkeit dieser im Anlassfall von allen Stiftern unbedingt, unbefristet und inhaltlich nicht beschränkt vorbehaltenen Rechte. Die nachgereihten Stifter haben auf die Ausübbarkeit des Änderungs- und des Widerrufsrechts nicht gänzlich und für immer verzichtet, sie sind lediglich zeitlich von der Ausübung dieser Rechte ausgeschlossen (Kalss/Zollner, aaO, 232), führt doch ein Verzicht zum Untergang des entsprechenden Rechts (siehe nur Griss in

*Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>2</sup>, § 1444 Rz 1 mwN). Es liegt demnach eine von der gesetzlichen dispositiven Regel der gemeinsamen Ausübung vorbehaltenen Rechte eines Stifters abweichende Regelung vor.

Im Anlassfall haben sich alle Stifter nach dem Inhalt der auszulegenden Stiftungsurkunde ein unbeschränktes Änderungsrecht, damit aber auch die Änderung der Regelung der Ausübung der beiden Gestaltungsrechte, vorbehalten. Daher ist im Einklang mit der E 6 Ob 61/04w die derzeit allein ausübungsberechtigte Stifterin auch zu einer Neuordnung der Kompetenzen bei der Ausübung der Stifterrechte berechtigt. Da die Änderungen der Stiftungsurkunde von den Stiftern einvernehmlich vorgenommen wurden, stellt sich die Frage nicht, ob zur Neuordnung die Zustimmung der nachgereihten Stifter erforderlich ist. Auch unter dem Blickwinkel des § 3 Abs 3 PSG bestehen keine Bedenken, handelt es doch nicht um eine Übertragung von Stifterrechten unter Lebenden.

b.) Das Erstgericht hielt die in § 14 Abs 3 der Neufassung der Stiftungsurkunde vorgesehene Bindung der Nebenstifter bei der Ausübung des Änderungsrechts an die einstimmige Zustimmung des Beirats für nicht möglich, weil dieses Zustimmungsrecht die Befugnisse des Beirats stark erweitere und der Beirat Einflussmöglichkeiten in jenen Bereichen erlange, die nur dem Stifter zustünden. Es verwies auf die Ausführungen von *Diregger/Winner* (in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 120 ff), wonach der rechtstechnische Unterschied, dass die Stifterrechte nicht übertragen, sondern Rechte von Nichtstiftern originär durch den Stifter geschaffen werden, kein hinreichender Grund zur Differenzierung in Hinsicht auf die Zulässigkeit sei und auch ein Zustimmungsrecht eines Stiftungsbeirats für Änderungen der Stiftungserklärung „wohl nur dann zulässig“ sein werde, wenn dieser Stiftungsbeirat nur aus Stiftern bestehe.

Entgegen diesen nicht näher dargelegten Bedenken erachtet der erkennende Senat die in § 14 Abs 3 der Neufassung der Stiftungsurkunde vorgesehene Zustimmung des Beirats für zulässig. Die Einräumung eines Zustimmungsrechts ist keine Einräumung des höchstpersönlichen (vgl nur *N. Arnold*, PSG<sup>2</sup>, § 33 Rz 35) Gestaltungsrechts; dadurch bindet ein Stifter nur sein Änderungsrecht. Dies ist nicht bedenklich, kann doch ein Stifter das vorbehaltene Änderungsrecht inhaltlich beschränken und darauf überhaupt verzichten (*N. Arnold*, aaO, Rz 40; *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum PSG, 275; *Pittl*, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, NZ 1999, 197; *Kalss* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen, 189; *Hochedlinger/Hasch*, „Exekutionssichere“ Gestaltung von Stiftungserklärungen, RdW 2002, 194).

### 3. Geschäftsordnung und zustimmungspflichtige Geschäfte:

a.) Nach § 8 Abs 16 der neu gefassten Stiftungsurkunde sollen bestimmte Geschäfte und Rechtshandlungen

des Stiftungsvorstands der vorherigen Konsultation und Zustimmung des Hauptstifters, sofern dieser verstorben oder geschäftsunfähig ist, der anderen in § 8 Abs 3 der Stiftungsurkunde genannten Personen (in sinngemäßer Anwendung dieser Bestimmung) oder des Beirats (sofern ein solcher eingerichtet ist) vorbehalten werden. Dabei soll es dem Hauptstifter (nach seinem Ableben oder bei Geschäftsunfähigkeit kommt dieses Recht dem Beirat zu, sofern ein solcher eingerichtet ist) freistehen, unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen eine Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand zu erlassen, wobei im Rahmen einer derartigen Geschäftsordnung auch die festgelegten zustimmungspflichtigen Geschäfte bzw Maßnahmen angepasst, erweitert oder – insb bei geänderten Umständen – auch eingeschränkt werden können.

b.) Nach der Rspr des OGH (6 Ob 60/01v = SZ 74/79 = RdW 2001, 406 = WBl 2002, 132 [unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien]) liegt einer Privatstiftung der Gedanke zugrunde, dass mit einem „eigentümerlosen“ Vermögen ein bestimmter Zweck besser, zielstrebig und auch dauerhafter verwirklicht werden kann, als wenn das Vermögen mit dem Schicksal des Stifters und dem seiner Rechtsnachfolger verbunden bliebe und etwa in eine Gesellschaft eingebracht würde, die von den Gesellschaftern beeinflussbar ist. Mit der Errichtung einer Privatstiftung soll daher die Verselbständigung des Vermögens erreicht und dessen Verwendung an den einmal erklärten Willen des Stifters gebunden werden. Durch ihre Errichtung verliert auch der Stifter den Zugriff auf das Vermögen. Es ist erkennbarer Wille des Gesetzgebers gewesen, die Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands zu stärken und zulässige Einflussnahmen auf ihn einzuschränken.

c.) Nach § 8 Abs 16 der zu beurteilenden Stiftungsurkunde soll es dem Hauptstifter bzw dem Beirat zustehen, eine Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand zu erlassen, in deren Rahmen auch die in der Stiftungsurkunde festgelegten zustimmungspflichtigen Geschäfte bzw Maßnahmen angepasst, erweitert oder auch eingeschränkt werden können. Insb durch die keiner näheren (konkreten) Determinierung unterliegende Befugnis zur Erweiterung der zustimmungspflichtigen Geschäfte könnte (theoretisch) eine die Konzeption des Stiftungsvorstands völlig unterlaufende Möglichkeit einer generellen Weisungsbefugnis bzw Bindung an die Zustimmung des Stifters bzw des Beirats geschaffen werden, die den Intentionen des Gesetzgebers widersprechen würde.

d.) Die Auffassung der Vorinstanzen, es müsse bereits in der Stiftungsurkunde der Umfang der Zustimmungsrechte abschließend definiert werden, kann sich nicht auf die E 6 Ob 291/02s (= RdW 2003, 200) stützen. In dieser wird ausgeführt, Kontrollbefugnisse müssten – um eine Organstellung des damit betrauten Organs begründen zu können – in der Stiftungsurkunde geregelt werden. Um die Frage der Begründung der Organstellung des in der Stiftungsurkunde eingerichteten Beirats (vgl § 9 Abs 2

Z 4 PSG) geht es jedoch nicht. Es ist unstrittig, dass der in der Stiftungsurkunde eingerichtete Beirat aufgrund seiner Kompetenzen ein Organ der Privatstiftung ist (vgl zum Organbegriff *N. Arnold*, PSG<sup>2</sup>, § 14 Rz 14a ff).

e.) Es ist auch nicht der weiteren Begründung der Vorinstanzen zu folgen, die abschließende Definition des Umfangs der Zustimmungsrechte in der Stiftungsurkunde sei erforderlich, weil das Firmenbuchgericht bei der Prüfung des Eintragungsbegehrens beurteilen können müsse, ob der Stiftungsvorstand im Rahmen des gesetzlich Zulässigen dem Einfluss anderer Organe oder Personen unterworfen wird. Wenngleich das Fehlen einer inhaltlichen Determinierung des Vorbehalts der Änderung der Zustimmungsrechte durch eine Geschäftsordnung die abstrakte Möglichkeit einer weitgehenden Knebelung des Stiftungsvorstands eröffnet, so gibt diese Möglichkeit keinen Grund zur Ablehnung des Eintragungsbegehrens:

f.) § 25 Abs 1 PSG legt iZm den Aufgaben des Aufsichtsrats fest, dass für dessen Zustimmung zu bestimmten Geschäften der Privatstiftung § 95 Abs 5 AktG sinngemäß zu gelten habe. Nach dessen letztem Satz kann die Satzung oder der Aufsichtsrat anordnen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden sollen. Es ist hM, dass diese Anordnungen niemals so weit gehen dürfen, dass sie die dem Vorstand obliegende Geschäftsführung faktisch lahmlegen (vgl etwa *Frotz* in GS Schön herr, 145; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup>, 260; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup>, §§ 95–97 Rz 48 mwN; *N. Arnold*, PSG<sup>2</sup>, § 14 Rz 34, 37, 38). Dagegen verstößende Satzungsbestimmungen oder Aufsichtsratsbeschlüsse sind unwirksam; dies gilt im Besonderen, wenn sie sich zu der Anordnung versteigen, dass der Vorstand die Geschäfte nach Weisung des Aufsichtsrats führen müsste (vgl 1 Ob 57/49 = SZ 22/196; *Strasser*, aaO, mwN). Eine Einschränkung des Kreises der einem Genehmigungsvorbehalt zu unterstellenden Beschlüsse schon in der Satzung wird im AktG nicht verlangt.

Diese Grundsätze sind auch im Privatstiftungsrecht anzuwenden. Auch der Stiftungsvorstand darf nicht zum bloßen Vollzugsorgan degradiert werden (6 Ob 60/01v = RdW 2001, 406 = WBl 2002, 132; *N. Arnold*, PSG<sup>2</sup>, § 14 Rz 30 mwN); eine abschließende Definition der zustimmungspflichtigen Geschäfte in der Stiftungsurkunde oder Stiftungszusatzurkunde verlangt das PSG nicht. Vor diesem Hintergrund begegnet § 8 Abs 16 der Neufassung der Stiftungsurkunde keinen Bedenken, weil zu weit gehende Beschlüsse des Hauptstifters oder des Beirats ohnehin nichtig wären. Die Revisionsrekurswerberin verweist in diesem Zusammenhang zutreffend auch darauf, dass Stifter bzw Beirat die entsprechenden Gestaltungen ausdrücklich „nur unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen“ vornehmen dürfen; diese würden aber die Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands gebieten; daher sei die Bestimmung dahin zu lesen, dass jede Änderung

des Rahmens der zustimmungspflichtigen Geschäfte, die zu einer übermäßigen Einschränkung der Tätigkeit des Stiftungsvorstands führt, unzulässig und unwirksam sei.

g.) Auch Überlegungen zu Gunsten des Schutzes des Rechtsverkehrs sprechen nicht gegen die Bestimmung der neu gefassten Stiftungsurkunde. So wie es zu § 95 Abs 5 AktG und § 30j Abs 5 GmbHG hA ist (vgl die Nachweise bei *N. Arnold*, PSG<sup>2</sup>, § 14 Rz 35 sowie § 25 Rz 29), dass der Umstand, wonach zustimmungspflichtige Geschäfte nicht ohne Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden „sollen“, lediglich eine Bindung im Innenverhältnis bedeutet, ist auch die zustimmungslose Vertretungshandlung des Stiftungsvorstands im Außenverhältnis wirksam; dieser ist insofern nicht beschränkt (*N. Arnold*, aaO, Rz 35).

#### 4. Besetzung des Beirats:

a.) Für die Besetzung eines „weiteren Organs“ iSd § 14 Abs 2 PSG sieht das Gesetz im Gegensatz zu den gesetzlichen Bestimmungen über den Aufsichtsrat (§ 23 Abs 2 PSG) keine Unvereinbarkeitsregeln vor.

b.) Ob die Unvereinbarkeitsregel des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG, wonach Begünstigte oder deren Angehörige nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen dürfen, auf ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ („aufsichtsratsgleicher oder aufsichtsratsähnlicher Beirat“) analog anzuwenden ist (vgl zum Meinungsstand in dieser umstrittenen Frage *N. Arnold*, PSG<sup>2</sup>, § 14 Rz 67 ff mwN), muss im Anlassfall nicht entschieden werden. Die neu gefasste Stiftungsurkunde enthält keine Besetzungsregel für den Beirat, die einer allfälligen Unvereinbarkeit gem § 23 Abs 2 Satz 2 PSG widerspräche. Da die Unvereinbarkeitsregel zwingendes Recht ist, muss sie in der Stiftungsurkunde nicht wiederholt werden, wenn man die analoge Anwendung dieser Bestimmung bejaht. Dass im Anlassfall die neu gefasste Stiftungsurkunde die in der geltenden Stiftungsurkunde festgelegte Besetzungsvorschrift, dass Begünstigte und ihre Angehörigen nicht die Mehrheit im Beirat stellen dürfen, nicht fortschreibt, ist daher kein Grund, die Eintragung abzulehnen.

c.) Anders verhält es sich mit der nach der Neufassung der Stiftungsurkunde – „soweit gesetzlich zulässig“ – vorgesehenen Möglichkeit der Doppelmitgliedschaft im Stiftungsvorstand und im Beirat. Diese Frage wurde in der E 6 Ob 39/97x (= SZ 70/92) nicht behandelt.

d.) Ob ein Beirat als „weiteres Organ“ iSd § 14 Abs 2 PSG ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ ist, bestimmt sich vorrangig nach dem in § 25 Abs 1 PSG dem Aufsichtsrat zugewiesenen Aufgabenkreis (*N. Arnold*, PSG<sup>2</sup>, § 14 Rz 67), der den Kern der – erweiterbaren (§ 25 Abs 4 PSG), aber nicht entziehbaren (*N. Arnold*, aaO, § 22 Rz 22) – Kompetenzen des Aufsichtsrats umschreibt. Der in der Neufassung der Stiftungsurkunde eingerichtete Beirat ist – gemessen an § 25 Abs 1 PSG – nach Umfang und Inhalt seiner Überwachungs- und Zustimmungsrechte (siehe zB § 8 Abs 16 lit i bis t, § 9 Abs 1



der Stiftungsurkunde) ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ (vgl ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 29 zu § 23 Abs 3 PSG).

e.) Nach § 23 Abs 2 Satz 1 PSG dürfen die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht zugleich dem Stiftungsvorstand angehören. Diese Gesetzesstelle normiert ein absolutes Bestellungsverbot (*Ch. Nowotny in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum PSG, 168; *Wessely in Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG, § 23 Rz 14; *N. Arnold*, aaO, § 23 Rz 12). Die Bestimmung ist mit den Unvereinbarkeitsregelungen des § 90 Abs 1 AktG und des § 30e Abs 1 GmbHG vergleichbar. Im Recht der Kapitalgesellschaften hat der Gesetzgeber damit ein Gesellschaftsverwaltungssystem verwirklicht, das in strengem Gegensatz zum sog Board- oder Verwaltungsratssystem steht (*Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup>, Vor §§ 86–99 Rz 5 mwN). § 90 Abs 1 AktG ist das vom Gesetzgeber ausdrücklich genannte Vorbild des § 23 Abs 2 Satz 1 PSG (ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 28). Wie die vergleichbaren Regelungen bezweckt sie die strikte personelle Trennung von Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan, weil sonst der Aufsichtsrat seine eigene Verwaltung kontrollieren würde und sich niemand selbst kontrollieren soll (vgl *N. Arnold*, aaO, § 23 Rz 11 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup>, § 30e Rz 1 mwN; vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup>, Vor §§ 86–99 Rz 5 und § 90 Rz 3; 6 Ob 27/94 = SZ 67/233).

Die Gesetzesmaterialien (ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 29) führen zu § 23 Abs 2 PSG aus:

„... *Bedenkt man, dass der Stifter weite Gestaltungsfreiheit hat, wo ihm durch das Gesetz keine Grenzen gesetzt sind, ist es hier, wo es um die Kontrolle der Privatstiftung geht, angebracht, besondere Regelungen über Unvereinbarkeiten vorzusehen. So können auch Angehörige von Mitgliedern des Stiftungsvorstands nicht dem Aufsichtsrat angehören. ...*“

Nach Auffassung des erkennenden Senats ist eine Doppelmitgliedschaft im Stiftungsvorstand und in einem dem Aufsichtsrat gerade wegen seiner ihm zugewiesenen Kontrollfunktionen vergleichbaren Organ („Beirat“) analog zu § 23 Abs 2 Satz 1 PSG nicht zulässig. Die Analogie zum geregelten Fall ist nach dem Zweck der Unvereinbarkeitsregel und der ihr zugrunde liegenden Intention des Gesetzgebers, die auch auf den nicht geregelten Fall zutreffen, geboten (vgl *Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG, § 14 Rz 22; *G. Nowotny in Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen, 162 f; *S. Schmidt in Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 200).

f.) *N. Arnold* (PSG<sup>2</sup>, § 14 Rz 90) und *Keller* (Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht, 94) meinen, das Prinzip, dass Mitglieder eines Kontrollorgans nicht gleichzeitig Mitglieder des kontrollierten Organs sein sollen, könne eine generelle Unzulässigkeit nicht begründen, weil sich im Fall eines Interessenkonflikts das betroffene Mitglied des Beirats der Stimme zu enthalten habe. Dies überzeugt nicht. Die

Überlegung träge ja auch auf den Aufsichtsrat zu. Für diesen hat aber der Gesetzgeber die strikte personelle Trennung angeordnet.

Kein entscheidendes Argument gegen eine Analogie ist, dass das weitere Organ nur eine zusätzliche Kontrolle auf Wunsch des Stifters bietet und die Kontrollbefugnisse anderer Organe (insb des Stiftungsvorstands und des Stiftungsprüfers, gegebenenfalls auch eines Aufsichtsrats) dadurch nicht eingeschränkt werden dürfen. Lasse der Stifter eine Doppelmitgliedschaft zu, so nehme er solcherart auch eine Einschränkung der Effizienz des Kontrollorgans in Fällen des Interessenkonflikts in Kauf (*N. Arnold*, aaO, § 14 Rz 90; *Keller*, aaO, 94). Auch die zusätzliche Kontrolle der Geschäftsführung und der Gerbarung der Privatstiftung in einem den Funktionen des Aufsichtsrats vergleichbaren Ausmaß soll – geht man von Sinn und Zweck des § 23 Abs 2 Satz 1 PSG und der zugrunde liegende Intention des Gesetzgebers aus – von einem Organ vorgenommen werden, das mit dem Stiftungsvorstand personell nicht verflochten ist.

Gegen eine analoge Anwendung der Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 25 Abs 2 PSG führt *N. Arnold* (aaO, § 14 Rz 69) ferner ins Treffen, dass der Gesetzgeber bei der Regelung des § 23 PSG in dessen dritten Absatz ganz bewusst an aufsichtsratsähnliche Beiräte gedacht habe, die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 23 Abs 2 PSG aber auf diese gerade nicht erweitert habe. § 23 Abs 3 PSG bestimmt, dass Mitglied des Aufsichtsrats nicht sein kann, wer in zehn Privatstiftungen Mitglied des Aufsichtsrats oder eines vergleichbaren Organs ist. Den Gesetzesmaterialien (ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 29) ist nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die Anwendung von § 23 Abs 2 Satz 1 PSG auf ein dem Aufsichtsrat „vergleichbares Organ“ bewusst nicht wollte. Ein gegen die Gründe der analogen Anwendung von § 23 Abs 2 Satz 1 PSG durchschlagendes Argument lässt sich demnach aus den Regelungen des § 23 Abs 2 und 3 PSG nicht gewinnen, zumal § 23 Abs 3 PSG nicht in die Form einer Unvereinbarkeitsregel gefasst ist.

Weiter meint *N. Arnold* (aaO, § 14 Rz 72), die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 23 Abs 2 PSG dienen vorrangig der Absicherung der Arbeitnehmermitbestimmung. Soweit er sich dabei auf die E 6 Ob 217/05p (= SZ 2005/176 = GeS 2006, 121 [*N. Arnold*]) beruft, deckt diese Entscheidung seine Auffassung nicht. Sie hält nur fest, dass im Privatstiftungsrecht der Gesetzgeber mit der Aufsichtsratspflicht vornehmlich die Ermöglichung der Arbeitnehmermitbestimmung verfolgt. Wie das Verbot der Doppelmitgliedschaft in Stiftungsvorstand und Aufsichtsrat der Absicherung der Arbeitnehmermitbestimmung dienen können soll, ist nicht erkennbar.

g.) Da im Anlassfall eine Doppelmitgliedschaft im Stiftungsvorstand und im Beirat nicht zulässig ist, es daher keinen Fall der Zulässigkeit gibt und die Formulierung „soweit gesetzlich zulässig“ in § 9 Abs 1 letzter Satz der Neufassung der Stiftungsurkunde ohne Anwendungs-

bereich ist, haben die Vorinstanzen, soweit sie sich auf die Unzulässigkeit dieser Satzungsregelung stützten, das Eintragungsbegehren letztlich zu Recht abgelehnt, weshalb dem Revisionsrekurs ein Erfolg zu versagen war.

#### Anmerkung:

1. Bereits in seiner E vom 27.5.2004, 6 Ob 61/04w, GesRZ 2004, 392 = GeS 2004, 391 (*N. Arnold*), hat der OGH ausgesprochen, dass ein nachträgliches Abgehen vom Einstimmigkeitserfordernis des § 3 Abs 2 PSG durch Änderung der Stiftungsurkunde möglich ist (vgl auch *Hochedlinger*, Verzicht lediglich eines Mitsifters auf gemeinsam vorbehaltenes Änderungsrecht möglich? *ecolex* 2004, 863; *Kalss/Zollner*, Ausübung und Änderung von Stifterrechten bei einer Stiftermehrheit, GesRZ 2006, 227). § 3 Abs 2 PSG ist nämlich, wie sich auch aus der Wortfolge „es sei denn, die Stiftungsurkunde sieht etwas anderes vor“ ergibt, eine dispositive Bestimmung.

Im konkreten Fall sah die (ursprüngliche) Stiftungserklärung – wie in der Praxis häufig – eine zeitliche Staffelung der Ausübung der Stifterrechte vor. Durch die Neufassung der Stiftungserklärung sollten diese zeitlichen Abfolgen geändert werden. Auf Basis seiner bisherigen Judikatur bestätigte der OGH, dass die Modalitäten der Ausübung der Gestaltungsrechte bei unbeschränktem Änderungsvorbehalt nachträglich abgeändert werden können. Die Ausübung der Stifterrechte durch die übrigen Stifter ist bei zeitlichen Abfolgen inhaltlich nicht beschränkt. Im Ergebnis bestätigt dies auch, dass zwischen den Modalitäten der Ausübung der Stifterrechte und dem Vorbehalt als solchem zu differenzieren ist (vgl *N. Arnold*, Privatstiftungsgesetz<sup>2</sup> [2007] § 3 Rz 51).

2. In der Neufassung der Stiftungserklärung sahen die Stifter vor, dass bestimmte Stifter bei der Ausübung des Änderungsrechts an die Zustimmung des Beirats gebunden sind. Die Vorinstanzen beurteilten dies als unzulässige Einräumung eines Änderungsrechts zu Gunsten des Beirats. Tatsächlich wird dem Beirat durch eine derartige Gestaltung kein Änderungsrecht eingeräumt. Vielmehr handelt es sich um eine freiwillige Beschränkung des Stifters. Der OGH bestätigte daher auch die Zulässigkeit derartiger – in der Praxis zunehmend verbreiteter – Gestaltungen. Gerade bei Vorliegen mehrerer Stifter können Begünstigten Gruppen vor einer einseitigen Änderung durch einzelne Stifter (etwa nach Ableben der übrigen Stifter) geschützt werden. Besonderes Augenmerk ist bei derartigen Gestaltungen natürlich auch auf die Besetzungsregelungen des Beirats zu legen. Ob Stifterrechte durch eine derartige Bindung auch vor einem exekutiven Zugriff von Gläubigern des Stifters (grundlegend OGH 26.4.2006, 3 Ob 217/05s, GesRZ 2006, 196 = ZfS 2006, 109 [*H. Torggler*]) geschützt werden können, ist fraglich. Im Einzelfall könnten derartige Einschränkungen Gegenstand der Anfechtung oder als Instrumentarium der Gläubigerbenachteiligung sittenwidrig und damit unwirksam sein (siehe bereits *N. Arnold*, Umfang und Grenzen des Gläubigerzugriffs bei Privatstiftungen, ZfS 4/2006, 4 [6]).

3. Die vom Höchstgericht bestätigte Zulässigkeit der Erlassung einer Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand erhöht die praktische Flexibilität ganz erheblich. Damit nähern sich die Gestaltungsmöglichkeiten der inneren Ordnung bei Privatstiftungen durchaus an die bei GmbH und AG an. Ist in der Stiftungserklärung keine Regelung enthalten, könnten sich Stiftungsorgane auch selbst eine Geschäftsordnung geben (vgl zum Selbstregelungsrecht des Organs *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> [1997] Rz 4/174; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup>

[2007] § 30g Rz 23). Stifter oder weitere Stiftungsorgane (etwa ein Beirat) bedürfen zur Erlassung einer Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand (oder anderer Stiftungsorgane) einer Ermächtigung in der Stiftungserklärung.

4. Ausgehend von den Unvereinbarkeitsbestimmungen für die Aufsichtsratsmitgliedschaft geht der OGH von einer strikten personellen Trennung von Geschäftsführungs- und Aufsichtsorganen aus. Der OGH sieht daher eine Doppelmitgliedschaft in Stiftungsvorstand und Beirat als unzulässig an. Diese Argumentation ist diskussionswürdig, da es sich beim Beirat um ein freiwilliges Kontrollgremium handelt. Dem Stifter einer Privatstiftung steht es frei, einen Beirat einzurichten oder auf die Einrichtung eines Beirats überhaupt zu verzichten. Er kann die Aufgaben und den Umfang der Kontrollrechte des Beirats festlegen. Er kann damit auf die Kontrolle überhaupt verzichten oder diese vollkommen zurückdrängen. Daher muss es ihm auch freistehen, durch eine Doppelmitgliedschaft (etwa zur Stärkung des Informationsflusses) eine bewusst in Kauf genommene geschwächte Kontrolleffizienz zu schaffen. Soweit das Höchstgericht ausführt, dass es sich bei § 23 Abs 3 PSG, der eindeutig zwischen dem Aufsichtsrat und anderen vergleichbaren Organen differenziert, um keine Unvereinbarkeitsbestimmung handelt, ist dies zutreffend. Diese Regelung zeigt aber, dass der Gesetzgeber sich bei der Schaffung des § 23 PSG sehr wohl einer Differenzierung zwischen Aufsichtsrat und vergleichbaren Organen (Beirat) bewusst war. Eine planwidrige Unvollständigkeit als Basis einer Analogie liegt nur dann vor, wenn man dem Gesetzgeber unterstellt, dass er in § 23 Abs 3 PSG vergleichbare Organe (Beiräte) bedenkt, in Abs 2 leg cit (bzw § 14 PSG) aber auf diese vergisst.

Selbst wenn man aus allgemeinen Wertungsüberlegungen die Unzulässigkeit einer Doppelmitgliedschaft (Stiftungsvorstand/Beirat) ableitet, können diese Überlegungen mE nicht so weit gehen, § 23 Abs 2 PSG generell analog auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat anzuwenden. Eine generelle analoge Anwendung (die aus der vorliegenden Entscheidung nicht abzuleiten ist) würde bedeuten, dass Begünstigte nicht die Mehrheit im Beirat stellen dürften. Diese für die Praxis ganz entscheidende Frage war vom OGH im konkreten Fall nicht abschließend zu beurteilen. Für viele Stiftungen ist sie aber existenziell. Ließe man eine mehrheitliche Mitgliedschaft von Begünstigten im Beirat nicht zu, wäre die Privatstiftung nicht nur ein eigentümerloser Rechtsträger, sondern mangels eigentümerähnlicher Kontrollinteressen (die eben in der Praxis über die Beiratsmitgliedschaft der Stifterfamilien und damit letztlich der Begünstigten hergestellt werden) auch vollkommen fremdbestimmt. Die Begünstigtenrechte sind zu schwach ausgestaltet (siehe den Beitrag von *Kalss/Zollner* in diesem Heft), um die erforderliche Kontrolle und Einflussnahme sicherzustellen. Die Darstellung der Argumente, die mE eindeutig für die Zulässigkeit eines begünstigtendominierten aufsichtsratsähnlichen Beirats (und damit gegen eine generelle analoge Anwendung der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG auf aufsichtsratsähnliche Beiräte) sprechen, würde den Rahmen dieser Entscheidungsanmerkung sprengen. Diese Argumente bestehen im Übrigen unabhängig davon, ob man aus Wertungsüberlegungen die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Doppelmitgliedschaft annimmt (siehe weiterführend *N. Arnold*, PSG<sup>2</sup>, § 14 Rz 69 ff; *V. Hügel*, Begünstigte im Stiftungsbeirat, ZfS 2006, 65; *Keller*, Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht [2006] 144 uvam).

Nikolaus Arnold