

Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Wolfgang Eigner

Neue Regeln zur Vorstandsvergütung und zur Zusammensetzung
des Aufsichtsrats

Clemens Hasenauer / Robert Eichler

Novelle der Emittenten-Compliance-Verordnung 2007

Petra Leupold / Martin Ramharter

Das Kündigungsrecht des Versicherers in der Insolvenz
des Versicherungsnehmers

Eberhard Wallentin / Georg Schima

Nachruf auf em. Rechtsanwalt Hon.-Prof. Dr. Franz Helbich

Aus der aktuellen Rechtsprechung

EuGH-Judikatur zur Insider-Information
OGH-Entscheidungen zu Kapitalgesellschaften,
Insolvenz, Offenlegung sowie Privatstiftungen
Ausgewählte Entscheidungen des OLG Wien

Unternehmensrecht aktuell

EU-Amtshilfegesetz
Steuerabkommen mit der Schweiz
Zentrale Gegenparteien-Vollzugsgesetz
Deutschland: Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes

Liebe Leserinnen und Leser!

Offenlegungspflichten begegnet man in verschiedensten Bereichen unserer Rechtsordnung mit unterschiedlicher Ausgestaltung und Zielsetzung.

§ 119 BAO normiert etwa die Pflicht zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Offenlegung der für den Bestand und Umfang einer Abgabepflicht bedeutsamen Umstände (mit weitergehenden Offenlegungs- bzw Anzeigepflichten in den einzelnen abgabenrechtlichen Bestimmungen). Die Verpflichtung zur Einreichung des Jahres- bzw Konzernabschlusses von Kapitalgesellschaften wird in den §§ 277 ff UGB gleichfalls unter dem Begriff der Offenlegung behandelt. Ziel dieser Offenlegung ist es, den Betroffenen einen Überblick über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu geben.

Andere Zielsetzungen verfolgen hingegen jene Bestimmungen, die auf die Offenlegung von Beteiligungsverhältnissen abzielen. Der auf der Transparenz-Richtlinie basierende § 91 BörseG normiert die Pflicht zur Offenlegung von Stimmrechtsänderungen bei Emittenten, deren Aktien zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind. Werden bestimmte Schwellen (von mindestens 5 %) erreicht, unter- oder überschritten, so sind die FMA, das Börsenunternehmen sowie der Emittent darüber zu unterrichten. Zweck der Beteiligungspublizität ist es, den Kapitalmarkt und die Anleger möglichst früh darüber zu informieren, wer wesentlichen Einfluss in der Gesellschaft auf- oder abbaut. Die Offenlegung des wirtschaftlichen Eigentümers (insb im Rahmen der Bestimmungen des BWG/VAG) erfolgte in Umsetzung der 3. Geldwäsche-Richtlinie zur Vermeidung von Schwarzgeldströmen, der Verschleierung der Herkunft von Erlösen aus schweren Straftaten sowie der Finanzierung von Terrorismus. Auch bei diesen Regelungen wird einerseits auf eine Kontrolle und andererseits auf eine Anteilsschwelle (bzw Begünstigungsquote) von 25 % abgestellt.

Mit 1.7.2012 ist nunmehr der durch BGBl I 2011/131 geänderte § 25 MedienG in Kraft getreten. Dieser verpflichtet den Medieninhaber eines periodischen Mediums neben seinen allgemeinen Angaben auch zur Offenlegung der Eigentums-, Beteiligungs-, Anteils- und Stimmrechtsverhältnisse für sämtliche der an ihm direkt oder indirekt beteiligten Personen. Ferner sind allfällige stille Beteiligungen am Medieninhaber und an den an diesem direkt oder indirekt iSd vorstehenden Satzes beteiligten Personen anzugeben und Treuhandverhältnisse über jede Stufe offenzulegen. Im Fall der direkten oder indirekten Beteiligung von Stiftungen sind auch der Stifter und die jeweiligen Begünstigten der Stiftung anzuführen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass jede – auch noch so geringe – direkte oder indirekte Beteiligung vollständig offenzulegen ist. Die in der früheren Fassung des § 25 MedienG noch enthaltene Anteilsschwelle von 25 % ist zur Gänze entfallen.

Von dieser Offenlegungspflicht sind aber nicht etwa nur große meinungsbildende Printmedien, Rundfunk- oder Hörfunkgesellschaften betroffen. Vielmehr ist Medieninhaber auch ein Unternehmen, welches im Fall eines elektronischen Mediums dessen inhaltliche Gestaltung besorgt und dessen Ausstrahlung, Abrufbarkeit oder Verbreitung entweder besorgt oder veranlasst. Unter periodischem (elektronischem) Medium wird ua auch ein auf elektronischem Wege abrufbares Medium (Website!) bzw ein wenigstens viermal im Kalenderjahr in vergleichbarer Gestaltung verbreitetes wiederkehrendes elektronisches Medium (etwa ein Newsletter!) verstanden. Die Ausnahmeregelung des § 25 Abs 5 MedienG für eine kleine Website findet nur dann Anwendung, wenn das Medium „keinen über die Darstellung des persönlichen Lebensbereichs oder die Präsentation des Medieninhabers hinausgehenden Informationsgehalt aufweist, der geeignet ist, die öffentliche Meinungsbildung zu beeinflussen“. Die Gesetzesmaterialien qualifizieren daher selbst einen Gärtnereibetrieb, auf dessen Website umweltpolitische Themen erörtert werden, wegen der Eignung zur Meinungsbildung nicht mehr als von der Ausnahmebestimmung umfasst. Im Ergebnis ist damit jede Website bzw jeder mindestens viermal jährlich verschickter Newsletter von Rechtsträgern, die sich nicht nur selbst präsentieren, sondern auch inhaltlich zu meinungsbildungsrelevanten Themen Stellung nehmen, von der Pflicht zur Offenlegung der Eigentums-, Beteiligungs-, Anteils- und Stimmrechtsverhältnisse umfasst. Abgesehen davon, dass bspw bei börsennotierten Gesellschaften dieser Verpflichtung rein praktisch unterhalb der Meldeschwellen des BörseG gar nicht nachgekommen werden kann, ist sie auch überschießend. Die Gesetzesmaterialien führen zur Zielsetzung an, dass dem Medienkonsumenten Eigentums- und Einflussverhältnisse und damit die zu vermutenden wirtschaftlichen Interessen offengelegt werden sollen. Dieser Zielsetzung kann aber problemlos auch bei Berücksichtigung praxisrelevanter Beteiligungs- bzw Stimmrechtsschwellen Rechnung getragen werden. Aus Sicht der Praxis wäre eine rasche Korrektur durch den Gesetzgeber zu begrüßen.

Wien, im August 2012

Nikolaus Arnold

Ständige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter

Univ.-Prof. Dr. **Markus Achatz**, Universität Linz; Univ.-Prof. Dr. **Josef Aicher**, Universität Wien; Univ.-Prof. Dr. **Reinhold Belser**, Universität Innsbruck; **Wilhelm Birnbauer**, Rechtspfleger am Landesgericht Wiener Neustadt; Dr. **Dietmar Dokalik**, Richter, Bundesministerium für Justiz; em. Univ.-Prof. Dr. **Peter Doralt**, Wirtschaftsuniversität Wien; em. Univ.-Prof. Dr. **Werner Doralt**, Universität Wien; Univ.-Prof. Dr. **MichaelENZINGER**, Rechtsanwalt, Universitäten Wien und Trier; Univ.-Prof. Dr. **Alfons Grünwald**, Universität Graz; Univ.-Prof. Dr. **Friedrich Harrer**, Rechtsanwalt, Universität Salzburg; Senatsrat Dr. **Erich Hechtner**, Leiter der Magistratsabteilung 63, Wien; Univ.-Prof. Dr. **Hanns F. Hügel**, Rechtsanwalt, Universität Wien; Univ.-Prof. Dr. **Peter Jabornegg**, Universität Linz; Univ.-Prof. Dr. **Wolfgang Jelinek**, Universität Graz; Univ.-Prof. Dr. **Waldemar Jud**, Universität Graz; Univ.-Prof. Dr. **Martin Karollus**, Universität Linz; Univ.-Prof. Dr. **Georg E. Kodek**, LL.M., Hofrat des Obersten Gerichtshofes, Wirtschaftsuniversität Wien; em. Univ.-Prof. Dr. **Hans-Georg Koppensteiner**, LL.M., Universität Salzburg; em. Univ.-Prof. Dr. **Heinz Krejci**, Universität Wien; Univ.-Prof. Dr. **Michael Lang**, Wirtschaftsuniversität Wien; Dr. **Birgit Langer**, Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes und Hon.-Prof. für Zivilrecht an der Universität Wien; Univ.-Prof. Dr. **Wolfgang Mazal**, Universität Wien; Univ.-Prof. Dr. **Christian Nowotny**, Wirtschaftsuniversität Wien; Dr. **Georg-Nowotny**, Hofrat des Obersten Gerichtshofes; Univ.-Prof. Dr. **Helmut Pernsteiner**, Universität Linz; Univ.-Prof. Dr. **Günter H. Roth**, Universität Innsbruck; Univ.-Prof. Dr. **Friedrich Ruffler**, LL.M., Universität Wien; Univ.-Prof. Dr. **Hans Georg Ruppe**, Mitglied des Verfassungsgerichtshofes, Universität Graz; Univ.-Prof. Dr. **Martin Schauer**, Universität Wien; Dr. **Brigitte Schenk**, Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofes; Univ.-Prof. Mag. Dr. **Gerhard Schummer**, Universität Graz; Dr. **Johannes Wolfgang Steiner**, Senatspräsident des Verwaltungsgerichtshofes; em. Univ.-Prof. Dr. **Gerold Stoll**, Universität Wien; em. Univ.-Prof. Dr. **Manfred Straube**, Universität Wien, Donauuniversität Krems; **Walter Szöky**, Rechtspfleger am Handelsgericht Wien; Univ.-Prof. Dr. **Michael Tanzer**, Universität Wien; Hon.-Prof. Dr. **Hellwig Torggler**, Rechtsanwalt, Wien; em. Univ.-Prof. Dr. **Rudolf Welsner**, Universität Wien; Dr. **Maria Wittmann-Tiwald**, Oberlandesgericht Wien; em. Univ.-Prof. Dr. **Horst Wünsch**, Universität Graz.

vorschriften des 3. Buches des UGB nicht unterliegt (siehe nur *Schiebel/Six* in *Straube*, UGB II³, § 189 Rz 25 mwN; *Ch. Nowotny*, Das Unternehmensgesetzbuch und Abgabenrecht, RdW 2006, 259 [260]; *Fida/Rechberger*, Zu den Auswirkungen des UGB auf die Rechnungslegungspflicht von eingetragenen Erwerbsgesellschaften, RWZ 2006, 6). Darüber hinaus geht der OGH mit der Entscheidung auch in der konkreten Frage, wie eine unternehmerische Tätigkeit bei Vermietungen zu beurteilen ist, von seiner bisherigen (zur Anwendbarkeit des KSchG ergangenen) Rspr ab, wonach auf eine bestimmte Mindestorganisation anhand der ausgeübten Tätigkeit abzustellen ist.

Im Ergebnis verbleibt der Einschränkung in § 189 Abs 1 Z 1 UGB auf unternehmerisch tätige GmbH & Co KGs – jedenfalls bei Vermietungen – ein erheblich eingengerter Anwendungsbereich.

Lukas Schenk / Florian Linder

Mag. Dr. Lukas Schenk und MMag. Dr. Florian Linder sind Rechtsanwälte und waren am Verfahren beteiligt.

Privatstiftung

Abberufung von Vorstandsmitgliedern aus wichtigem Grund

§ 14 Abs 3 PSG idF BBG 2011, BGBl I 2010/111

§ 15 Abs 2, 3 und § 33 Abs 3 Satz 2 PSG

§ 75 Abs 4 Satz 4 AktG

1. Anders als bei AGs und GmbHs ist bei Anmeldung der Abberufung von Vorstandsmitgliedern einer Privatstiftung von Amts wegen zu prüfen, ob ein Abberufungsgrund schlüssig dargelegt wurde und die dem Eintragungsgesuch zugrunde liegenden Tatsachen glaubwürdig sind.

2. Wichtige Gründe sind – außer grober Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben – alle bedeutsamen Umstände, die die Belange der Privatstiftung gefährden oder ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar machen. Auch Interessenkollisionen, die (noch) nicht den Grad einer Unvereinbarkeit erreichen, können einen wichtigen Grund für die Abberufung eines Organmitglieds bilden, wenn dadurch die Verfolgung des Stiftungszwecks, insb bei Vollziehung der vom Stifter vorgesehenen Begünstigtenregelung, oder das sonstige ordnungsgemäße Funktionieren der internen Kontrollsysteme nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet sind.

3. Mit Rücksicht auf die bei der Privatstiftung fehlenden Kontrollmechanismen ist bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, kein strenger Maßstab zugrunde zu legen.

4. Ob ein Mandatsverhältnis eines Stiftungsvorstandsmitglieds zu einer der Privatstiftung gehörenden oder von ihr beherrschten Gesellschaft die Belange der Privatstiftung gefährdet oder ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar macht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

OGH 12.1.2012, 6 Ob 101/11p (OLG Linz 6 R 33/11g;

LG Linz 13 Fr 2436/10p)

Im Firmenbuch des Erstgerichts ist seit 31.12.2008 eine Privatstiftung auf den Todesfall eingetragen. Der Stifter ist am 14.7.2007 verstorben. Die Stiftungsurkunde lautet in ihrer aktuellen Fassung vom 5.7.2005 auszugsweise:

„4. Stiftungszweck:

Zweck dieser Stiftung ist die Erhaltung der der Stiftung übertragenen Gesellschaften, Geschäftsanteile sowie des Liegenschaftsvermögens, wobei allfällige Erträge aus diesem Unternehmen beziehungsweise aus

der gestifteten Liegenschaft den tieferstehend angeführten Begünstigten im dort bezeichneten Verhältnis zukommen soll.

7. Stiftungsvorstand – Aufträge an den Stiftungsvorstand:

Zum ersten Stiftungsvorstand berufe ich die unter Punkt 6. Bezeichneten, Herrn Dr. C. S. und Herrn G. S., wobei dem Stiftungskurator sodann die Bestellung eines dritten Vorstandsmitglieds obliegt.

Die Bestellung sowie Abberufung des Stiftungsvorstandes obliegt in weiterer Folge den Begünstigten, die die Mitglieder des Stiftungsvorstandes mit einfacher Mehrheit wählen und abberufen. Die Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstandes kann nur aus wichtigem Grund erfolgen. Jeder Stiftungsbegünstigte hat unabhängig von seiner Beteiligung im Sinne des Punktes 8. dieser Stiftungsurkunde nur eine Stimme ohne weitere Gewichtung (Kopfmehrheit).

Diesem ersten wie auch allen nachfolgenden Stiftungsvorständen erteile ich den Auftrag, die der Stiftung gewidmete Vermögensmasse bestmöglich zu verwalten, wobei es das grundsätzliche Ziel und der grundsätzliche Zweck dieser Stiftung sein soll, die gewidmeten Vermögensmassen, also Liegenschaften und Gesellschaften, zu erhalten. ...

8. Stiftungsbegünstigte:

Die Liegenschaft Einlagezahl ... ist meiner Lebensgefährtin S. M., geboren am ..., auf Dauer zur unentgeltlichen Benützung zur Verfügung zu stellen, wobei sämtliche mit diesem Haus verbundene Betriebs- und Erhaltungskosten von der Stiftung getragen werden. ...

Die sonstigen jährlichen Erträge dieser Stiftung sind nach Abzug aller dieser Stiftung entstandenen jährlichen Unkosten zu je einem Drittel meinem Sohn D. K., geboren am ..., meiner Lebensgefährtin S. M., geboren am ..., sowie ihrem derzeit noch ungeborenem Kind, welches auch mein Kind ist, zur Auszahlung zu bringen.

10. Auflösung und Abwicklung:

Wie bereits unter Punkt 4. und 7. angeführt, ist der Zweck dieser Stiftung die Erhaltung der von mir geführten Unternehmen beziehungsweise die Erhaltung der Geschäftsanteile an Unternehmen, an denen ich beteiligt bin. ...“

Vorstandsmitglieder nach dem aktuellen Firmenbuchstand seit der Ersteintragung der Privatstiftung sind der Rechtsanwalt Dr. C. S., der Steuerberater G. S. und der Notar Dr. W. L.

Begünstigte der Privatstiftung sind S. K., D. K. und der am 7.9.2005 geborene A. K. Der Stiftungsvorstand beschloss unter Berufung auf die Entscheidungen des OGH 6 Ob 42/09h und 6 Ob 145/09f am 12.5.2010, dass der Abs 2 des Pkt 7. der Stiftungsurkunde ersatzlos entfällt. Aufgrund des Antrags des Stiftungsvorstands vom 20.5.2010 genehmigte das Erstgericht mit Beschluss vom 16.11.2010 diese Änderung der Stiftungsurkunde und mit weiterem Beschluss vom 18.11.2010 deren Eintragung im Firmenbuch. Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Begünstigten statt und wies den Eintragungsantrag ab.

Am 27.5.2011 fassten die Begünstigten D. K. und S. K. – diese im eigenen Namen und als gesetzliche Vertreterin ihres begünstigten Sohnes A. K. – den (einstimmigen) schriftlichen Beschluss auf Abberufung aller Mitglieder des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund und die Bestellung von drei neuen Vorstandsmitgliedern. Das aufrechte Vollmachtsverhältnis zwischen Dr. W. L. und dem minderjährigen Begünstigten im Verlassenschaftsverfahren nach dem Stifter begründete eine Unvereinbarkeit gem § 15 Abs 2 PSG. Das weitere Vorstandsmitglied Dr. C. S. unterliege als jahrzehntelanger Rechtsvertreter des Stifters in allen Privat- und Firmenangelegenheiten, damit auch der der Privatstiftung gehörenden operativen Gesellschaften, einer wesentlichen Interessenkollision. Dies gelte ebenso für G. S., der jahrzehntelang Steuerberater des Stifters und aller Inlandsgesellschaften gewesen sei. Auch Dr. W. L. sei jahrzehntelang für die Unternehmen der K.-Gruppe tätig gewesen. Alle drei Vorstandsmitglieder seien nach wie vor für die Unternehmen der K.-Gruppe tätig und seit langen Jahren mit deren Geschäftsführern persönlich bekannt. Der Stiftungsvorstand habe die Gesellschafterrechte an der K. Holding GmbH und mittelbar auch in der G. K. GmbH besonders sorgfältig und unbeeinflusst auszuüben und die Geschäftsführung dieser Gesellschaften genau zu überwachen. Diese Verpflichtung stehe in einem Konflikt mit der Tätigkeit als langjährige Auftragnehmer der Gesellschaften. Die Stiftungsvorstände erhielten laufend geschäftliche Aufträge von den Geschäftsführern dieser Gesellschaften, hätten diese aber in ihrer Funk-

tion als Eigentümervertreter auch zu überwachen und ihnen erforderlichenfalls Weisungen zu erteilen. Dieser Interessenkonflikt führe zwangsläufig dazu, dass der Stiftungsvorstand zur Erfüllung seiner Aufgaben mit der gebotenen Unabhängigkeit nicht in der Lage sei. Darüber hinaus entspreche der Stiftungsvorstand nicht seiner Verpflichtung, die Bilanzgewinne der Unternehmen an die Privatstiftung auszuschütten. Eine Thesaurierung der Gewinne der beiden Gesellschaften sei zur Erhaltung und Absicherung der Gesellschaften nicht erforderlich. Die Privatstiftung werde durch die Nichtausschüttung der Gewinne geschädigt. Die Ankündigung des Stiftungsvorstands, nur einen geringen Teil der Erträge an die Begünstigten auszuschütten, widerspreche dem Stiftungszweck und dem Stifterwillen. Der Beschluss des Stiftungsvorstands, Pkt 7. der Stiftungsurkunde durch Entfall des Abs 2 zu ändern, sei unbegründet. Der Stiftungsvorstand habe die Auskunftsrechte der Begünstigten dadurch verletzt, dass er konkret gestellte Fragen in seinem Antwortschreiben vom 14.5.2010 nicht beantwortet habe.

Mit Eingabe vom 27.5.2010 beantragten die von den Begünstigten (neu) bestellten Mitglieder des Stiftungsvorstands ihre Eintragung in das Firmenbuch und die Löschung der abberufenen Mitglieder. Sie legten den schriftlichen Beschluss der Begünstigten vom 27.5.2010 vor.

Die abberufenen Mitglieder des Stiftungsvorstands beantragten die Abweisung der Anträge, hilfsweise die Unterbrechung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Beendigung des Prozesses über die von ihnen am 15.7.2010 eingebrachte Klage auf Unwirksamklärung des Abberufungs- und des Bestellungsbeschlusses. Die Abberufung rechtfertigende Gründe lägen nicht vor. Der Umsatzeinbruch im Geschäftsjahr 2009/2010 von rund 50 % mache deutlich, wie wesentlich die Eigenkapitalausstattung der Gesellschaften zur Erreichung des Stiftungszwecks sei. Die Stiftungserklärung sehe lediglich vor, dass allfällige Erträge den Begünstigten zukommen sollen. Aus der Gesamtschau der Stiftungserklärung werde deutlich, dass nur jene Beträge zuwendungsfähige Erträge sein könnten, die für die bestmögliche Entwicklung der Unternehmensgruppe nicht benötigt würden. Die Stiftung wende jedem Begünstigten monatlich 5.900 Euro netto zu.

Am 30.7.2010 wurde ein Rechtsanwalt zum Kollisionskurator des minderjährigen Begünstigten A. K. zu dessen Vertretung iZm seinen Angelegenheiten als Begünstigter der Privatstiftung bestellt. Das PflEG-Geschäftsgericht genehmigte mit Beschluss vom 20.10.2010 das Vorhaben des Kollisionskurators, dem Beschluss der beiden anderen Begünstigten vom 27.5.2010 nicht zuzustimmen. „Um eine allfällige Unwirksamkeit des genannten Beschlusses vom 27.5.2010 zu sanieren“, fassten die Begünstigten D. K. und S. K. gegen die Stimme des vom Kollisionskurator vertretenen minderjährigen Begünstigten am 8.11.2010 den (neuerlichen) Beschluss, die bisherigen Mitglieder des Stiftungsvorstands mit sofortiger Wirkung aus wichtigen Gründen abzurufen und die am 27.5.2010 zu Mitgliedern des Stiftungsvorstands bestellten Personen „mit Wirkung zum heutigen Tag“ zu Vorstandsmitgliedern zu bestellen. Die abermals bestellten (neuen) Mitglieder des Stiftungsvorstands legten diesen Beschluss noch am selben Tag dem Erstgericht vor.

- ▶ Das Erstgericht wies die Eintragungsanträge vom 27.5.2010 ab.
- ▶ Das Rekursgericht gab dem Rekurs der neu bestellten Vorstandsmitglieder Folge und verwies die Firmenbuchsache zur neuerlichen Entscheidung nach Durchführung eines Verbesserungsverfahrens an das Erstgericht zurück.
- ▶ Der OGH gab dem Revisionsrekurs der abberufenen Vorstandsmitglieder Folge und stellte den antragsabweisenden Beschluss des Erstgerichts wieder her.

Aus der Begründung des OGH:

1. Ein abberufenes Mitglied des Vorstands einer Privatstiftung ist im Verfahren zu seiner Löschung im Firmenbuch rechtsmittellegitimiert (6 Ob 195/10k, JBl 2011, 321 [Karolus] = eoclex 2011/176 [Rizzi] = GesRZ 2011, 239 [Torggler] = ZfS 2011, 68 [Kalls] = Hochedlinger, PSR 2011/16, 52).

2. Nach § 14 Abs 3 PSG idF BBG 2011, BGBl I 2010/111, können Begünstigte in einem Beirat der Privatstiftung an der Entscheidung über die Abberufung des Stiftungsvorstands oder eines seiner Mitglieder mitwirken: Für derartige Entscheidungen ist eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich; hat das Organ weniger als vier Mitglieder, so ist die Stimmeneinhelligkeit erforderlich. Soll in einem solchen Fall der Stiftungsvorstand oder eines seiner Mitglieder aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG angeführten Gründen abberufen werden, so darf Begünstigten, deren Angehörigen (§ 15 Abs 2 PSG) und Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Beirat beauftragt wurden, bei dieser Entscheidung insgesamt nicht die Mehrheit der Stimmrechte zustehen (§ 14 Abs 4 PSG idF BBG 2011). Die Änderung ist am 31.12.2010 in Kraft getreten und im vorliegenden Verfahren – so zutreffend das Rekursgericht – noch nicht anwendbar. Gegenteiliges geht entgegen der Meinung der Rechtsmittelwerber aus der E 6 Ob 195/10k nicht hervor. Darin wurde lediglich ausgesprochen, dass die der Novellierung zugrunde liegende Wertung auch schon auf Altfälle anzuwenden ist, sodass eine Abberufungskompetenz eines Beirats, mag dieser auch mit Begünstigten besetzt sein, als solche noch keinen Bedenken begegnet.

3.1. Der OGH hat in der E 6 Ob 178/05b (SZ 2006/18) ausgesprochen, das Firmenbuchgericht müsse bei Anträgen auf Löschung von Vorstandsmitgliedern infolge ihrer Abberufung durch das nach der Stiftungsurkunde hierfür zuständige Organ nicht prüfen, ob ein wichtiger Grund für die Abberufung vorlag. Vielmehr müsse ein unzulässigerweise abberufenes Vorstandsmitglied eine Feststellungsklage auf Unwirksamkeit der Abberufung erheben.

3.2. Von dieser Entscheidung ist der OGH mit ausführlicher Begründung und nach Auseinandersetzung mit dem Schrifttum in 6 Ob 195/10k teilweise abgegangen. Nach dieser jüngsten Rspr, an der festzuhalten ist, hat das Firmenbuchgericht bei einer Privatstiftung – anders als bei AGs und GmbHs – bei der Anmeldung der Abberufung von Vorstandsmitgliedern eine amtswegige Prüfung vorzunehmen, die sich im Wesentlichen darauf beschränken kann, ob ein Abberufungsgrund schlüssig dargelegt wurde und die dem Eintragungsgesuch zugrunde liegenden Tatsachen glaubwürdig sind. Die Prüfbefugnis ist nicht auf das Aufgreifen einer offensichtlichen Unzulässigkeit beschränkt. Allerdings darf die Prüfungspflicht nicht überspannt werden. Die Pflicht zu einer weiteren Prüfung besteht aber jedenfalls dann, wenn Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Gesuch zugrunde liegenden Tatsachen bestehen. Abberufungsgründe sind jedenfalls die in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten.

3.3. Wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 PSG sind – außer grober Pflichtverletzung (Z 1) und Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben (Z 2) – alle bedeutsamen Umstände, die die Belange der Privatstiftung gefährden oder ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar machen (RIS-Justiz RS0059403 [T3]). Dabei können auch Interessenkollisionen, die (noch) nicht den Grad einer Unvereinbarkeit nach § 15 PSG erreichen, einen wichtigen Grund für die Abberufung eines Organmit-

glieds bilden, wenn dadurch die Verfolgung des Stiftungszwecks, insb bei Vollziehung der vom Stifter vorgesehenen Begünstigtenregelung, oder das sonstige ordnungsgemäße Funktionieren der internen Kontrollsysteme nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet sind (RIS-Justiz RS0114598). Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist immer unter dem Gesichtspunkt des Funktionierens der Privatstiftung, letztlich unter dem Gesichtspunkt zu sehen, ob die Verfolgung des Stiftungszwecks mit ausreichender Sicherheit in der Zukunft gewährleistet ist (RIS-Justiz RS0112248). Mit Rücksicht auf die bei der Privatstiftung fehlenden Kontrollmechanismen ist bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, kein strenger Maßstab zugrunde zu legen. Die „Verselbständigung“ des Vermögens, die fehlende Kontrolle durch Eigentümer und das Nichtvorhandensein von Gesellschaftern erfordern – sowohl im öffentlichen Interesse als auch im Interesse der Stiftung selbst – eine funktionsfähige Organisation und deren effiziente Kontrolle, um die Gefahr von Missbrauch oder Schädigung hintanzuhalten und um die Erfüllung des Stifterwillens zu gewährleisten (RIS-Justiz RS0112248 [T2]).

Einen wichtigen Grund für die Abberufung der Vorstandsmitglieder haben die Anmelder nicht schlüssig dargelegt:

4.1. Ein Verstoß gegen die dem Stiftungsvorstand nach § 30 Abs 1 PSG obliegenden Verpflichtungen kann eine grobe Pflichtverletzung iSd § 27 Abs 2 Z 1 PSG bilden, die zur Abberufung des die Mitwirkung zu Unrecht verweigernden Organmitglieds führen kann (6 Ob 82/11v). Eine derartige Pflichtverletzung haben die Anmelder nicht dargetan, wurden doch die behauptetermaßen vom Stiftungsvorstand nicht beantworteten Fragen nicht konkret angeführt. Bleibt demnach offen, ob die Fragen unter den Auskunftsanspruch der Begünstigten fallen, ist schon deshalb aus dem Vorbringen eine grobe Pflichtverletzung nicht ableitbar.

4.2. Nach § 15 Abs 2 PSG können ein Begünstigter, dessen Ehegatte sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein. Ergänzt wird diese Regelung durch § 15 Abs 3 PSG, der den Kreis auf bestimmte Beteiligte (und deren Ehegatten bzw Verwandte) an juristischen Personen, die Begünstigte sind, ausdehnt. Durch die Unvereinbarkeitsbestimmungen sollen die Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung gewahrt und Interessenkollisionen vermieden werden. Vorgebeugt werden soll vor allem kollidierenden Interessen der Begünstigten am Erhalt eines Geld- oder Sachbezugs einerseits und der Privatstiftung an der Verwirklichung des Stifterwillens andererseits. Die Wahrung der Objektivität des Stiftungsvorstands dient zusätzlich auch dem Schutz allfälliger Gläubiger und des sonstigen Rechtsverkehrs (6 Ob 145/09f mwN, PSR 2009, 99 [Winner] = GES 2009, 336 [Mager] = ecolx 2010, 59 [Reich-Rohrwig] = GesRZ 2010, 63 [Kals]; siehe auch Arnold, GesRZ 2009, 348; Eiselsberg, ZfS 2009, 152; K. Oberndorfer, ZfS 2009, 164; ders, Neueste Entwicklungen zur Unvereinbarkeit von Stiftungsvorstands- und Beratungsmandat, ZfS 2010, 43; Ch. Nowotny, RdW 2010, 747).

In der E 6 Ob 145/09f hat der OGH die Unvereinbarkeitsbestimmungen für den Stiftungsvorstand auch auf „Vertreter der Begünstigten“ erstreckt, „jedenfalls für ein aufrechtes Vollmachtsverhältnis“. In Reaktion darauf normiert der durch das BBG 2011 eingefügte, am 31.12.2010 in Kraft getretene § 15 Abs 3a PSG: „Abs. 2 und Abs. 3 sind auch auf Personen anzuwenden, die von Begünstigten, deren Angehörigen (Abs. 2) oder in Abs. 3 genannten ausgeschlossenen Personen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand beauftragt wurden.“ Mit dieser Ergänzung soll den Materialien zufolge eine notwendige Klarstellung geschaffen werden (ME 233 BlgNR 24. GP, 25; kritisch Ch. Nowotny, RdW 2010, 747). Demnach begründete das Mandatsverhältnis zwischen dem minderjährigen Begünstigten und dem Vorstandsmitglied Dr. L. zur Vertretung im Verlassenschaftsverfahren nach dem Stifter keine Unvereinbarkeit nach § 15 PSG.

Aber auch vor dem Hintergrund der E 6 Ob 145/09f bewirkte dieses Mandatsverhältnis weder eine Unvereinbarkeit noch bildet es einen wichtigen, für eine Abberufung hinreichenden Grund. Betrachtet man die oben wiedergegebenen Passagen der Entscheidung nicht isoliert, sondern mit den weiteren Ausführungen zu einem Bestellungshindernis unter dem Blickwinkel eines Abberufungsgrundes nach § 27 Abs 2 (Pkt 4.5. bis 4.9. der Entscheidung), so sagt sie – weiter als nunmehr § 15 Abs 3a PSG normiert – im Kern aus, dass nur ein Mandatsverhältnis zwischen Stiftungsvorstand und einem Begünstigten (und anderen von § 15 Abs 2 und 3 PSG erfassten Personen) schädlich ist, das zu einer Kollision mit Interessen der Stiftung oder anderer Begünstigter führen könnte (vgl Ch. Nowotny, RdW 2010, 747). Allein der Umstand, dass das notarielle Vorstandsmitglied den minderjährigen Begünstigten im Verlassenschaftsverfahren nach dem Stifter vertrat/vertritt, lässt einen möglichen Interessenkonflikt mit der Privatstiftung oder anderen Begünstigten nicht erkennen. Im erstgerichtlichen Verfahren wurden keine weiteren Gründe angeführt, aus denen abgeleitet werden könnte, dass die Vertretungstätigkeit des Notars in der Nachlassangelegenheit zu Interessenkonflikten führen könnte. Auf die in der Revisionsrekursbeantwortung der neu bestellten Vorstandsmitglieder enthaltenen Neuerungen ist wegen deren Unzulässigkeit (§ 66 Abs 2 AußStrG) nicht einzugehen.

4.3. In der GmbH herrscht grundsätzlich das Vollausschüttungsgebot. Es ist der jeweils anfallende Bilanzgewinn im vollen Umfang an die Gesellschafter auszuschütten, sofern nicht die Verteilung des Bilanzgewinns aufgrund des Gesellschaftsvertrages oder eines Gesellschafterbeschlusses ausgeschlossen ist (vgl § 82 Abs 1 GmbHG; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 82 Rz 10; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG, § 82 Rz 26). Sofern die Gewinnverwendung von einer Entscheidung der Gesellschaft abhängt, ist dafür die Gesellschafterversammlung zuständig (§ 35 Abs 1 Z 1 GmbHG; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 82 Rz 10; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG, § 82 Rz 26). Die Privatstiftung ist Alleingesellschafterin der Holding-GmbH, die wiederum Alleingesellschafterin der operativen GmbH ist. Die Anmelder haben behauptet, in den Gesellschaftsverträgen der beiden GmbHs fehlten Bestimmungen, dass sich die Gesellschafter einen Gewinnverwendungsbeschluss vorbehalten haben. Sieht der Gesellschaftsvertrag keinen Gewinnverteilungsbeschluss vor, ist

zwar *ex lege* der gesamte Gewinn an die Gesellschafter auszuschütten (*Bauer/Zehetner* in *Straube*, GmbHG, § 82 Rz 26), doch ist die Entscheidung des Alleingeschafters, den Bilanzgewinn oder Teile davon nicht zu entnehmen, kein rechtswidriger Verstoß gegen das gesetzliche Ausschüttungsgebot. Es muss dem Alleingeschafter nämlich unbenommen bleiben, wie er den auszuschüttenden Bilanzgewinn verwendet. Ausgehend von den Behauptungen der Anmelder und dem Zeitpunkt der Eintragung der Privatstiftung war es offensichtlich schon langjährige Praxis des Stifters als (mittelbarer) Alleingeschafter, Bilanzgewinne oder Teile davon zu thesaurieren. Die Rechtsmittelwerber haben im Verfahren erster Instanz auch dargetan, dass der Umsatz im Geschäftsjahr 2009/2010 um rund 50 % eingebrochen ist. Unter diesen Aspekten und unter Beachtung des Stiftungszwecks bildet die zur Begründung der Abberufung herangezogene Thesaurierungsentscheidung des Stiftungsvorstands als Vertreter der erst seit 31.12.2008 existierenden Privatstiftung als (mittelbarer) Alleingeschafterin unter Zugrundelegung des Anmeldervorbringens keine grobe Pflichtverletzung iSd § 27 Abs 2 Z 1 PSG noch sonst einen wichtigen Abberufungsgrund. Zweck der von ihm geleiteten Privatstiftung ist jedenfalls auch die Erhaltung der beiden Gesellschaften. Dass die Thesaurierungsentscheidung des Stiftungsvorstands auch im Hinblick auf diesen Zweck nicht im Rahmen des kaufmännisch/unternehmerisch Vertretbaren lag, haben die Anmelder nicht schlüssig dargetan. In dem vorgelegten Abberufungsbeschluss wird bloß ausgeführt, dass eine Thesaurierung der (zuvor genannten) Gewinne in den jeweiligen Gesellschaften „aus wirtschaftlichen Gründen zur Erhaltung und Absicherung der Unternehmen nicht erforderlich“ ist, „wo doch diese Gesellschaften über keine Bankverbindlichkeiten verfügen“. Abgesehen davon, dass Letzteres wohl Folge der auf der Thesaurierung beruhenden Eigenfinanzierungskraft ist, fehlt jede Angabe konkreter Umstände, aus denen sich ableiten ließe, dass eine (Fortsetzung der) Thesaurierung „aus wirtschaftlichen Gründen zur Erhaltung und Absicherung der Unternehmen nicht erforderlich“ war.

4.4. Die Abberufung wurde auch darauf gegründet, dass die Verpflichtung des Stiftungsvorstands, die Gesellschafterrechte in der K. Holding GmbH und mittelbar auch in der G. K. GmbH besonders sorgfältig und unbeeinflusst und die Geschäftsführung dieser Gesellschaften genau zu überwachen, in einem evidenten Konflikt mit der Tätigkeit der Mitglieder des Stiftungsvorstands als langjährige und dauernde Auftragnehmer dieser Gesellschaften stünde. Die Mitglieder des Stiftungsvorstands erhielten laufend geschäftliche Aufträge von den Geschäftsführern dieser Gesellschaften, müssten diese aber in ihrer Funktion als Eigentümervertreter überwachen und ihnen erforderlichenfalls auch Weisungen erteilen. Dieser Interessenkonflikt müsse zwangsläufig dazu führen, dass der Stiftungsvorstand nicht in der Lage sei, seine Aufgaben als Stiftungsvorstand vollständig und mit der gebotenen Unabhängigkeit zu erfüllen.

Die behauptete Zwangsläufigkeit der Beeinträchtigung in der Erfüllung der Aufgaben als Stiftungsvorstand ist aus einem laufenden Mandatsverhältnis der Stiftungsvorstandsmitglieder allein im Anlassfall nicht ableitbar. Formell sind nämlich die Geschäftsführer vom Stiftungsvorstand abhän-

gig, der sie als Vertreter des Geschafters durch Geschaftsbeschluss jederzeit als Geschäftsführer abberufen kann (§ 16 Abs 1 GmbHG) und der ihnen gegenüber weisungsbefugt ist (§ 20 Abs 1 GmbHG; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 20 Rz 9).

Es hängt im Übrigen von den Umständen des Einzelfalls ab, ob ein Mandatsverhältnis eines Stiftungsvorstandsmitglieds zu einer der Privatstiftung gehörenden oder von ihr beherrschten Gesellschaft die Belange der Privatstiftung gefährdet oder ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar macht. Solche wurden mit dem Eintragungsantrag nicht konkret dargelegt. Im Hinblick darauf, dass der Stifter gerade den Rechtsanwalt und den Steuerberater, die ihn und seine Gesellschaften seit langer Zeit vertreten, zu Mitgliedern des Stiftungsvorstands bestellte, bildet die Fortsetzung des Mandatsverhältnisses allein keinen Grund, der eine Abberufung rechtfertigen könnte.

4.5. ... Von der Beantwortung der Frage einer Bindung innerhalb der Privatstiftung an die Änderung der Stiftungsurkunde vor der konstitutiv wirkenden Eintragung in das Firmenbuch (§ 33 Abs 3 Satz 2 PSG; *Arnold*, PSG², § 33 Rz 71 mwN) hängt die Entscheidung nicht ab.

Anmerkung:

1. Bei einer Privatstiftung von Todes wegen wurden (noch zu Lebzeiten) vom Stifter der langjährige Rechtsanwalt und der langjährige Steuerberater (offenbar sowohl des Stifters als auch der Beteiligungsunternehmen) zu Mitgliedern des Stiftungsvorstands bestellt. Beim dritten (vom Stiftungskurator bestellten) Mitglied des Stiftungsvorstands handelt es sich um einen Notar, der einen der Begünstigten im Verlassenschaftsverfahren nach dem Stifter vertrat. Die Mitglieder des Stiftungsvorstands berieten auch weiterhin (dh auch nach Entstehen der Privatstiftung von Todes wegen und Übernahme der Organfunktionen als Mitglieder des Stiftungsvorstands) die Tochtergesellschaften der Privatstiftung. Soweit dem Sachverhalt zu entnehmen ist, dürfte es zu Streitigkeiten zwischen den Begünstigten und dem Stiftungsvorstand über die Höhe der Ausschüttungen aus den Beteiligungsunternehmen und damit auch über die Höhe der Zuwendungen aus der Privatstiftung gekommen sein. Die Begünstigten (denen in der Stiftungsurkunde die Bestellungs- und Abberufungsbefugnis der Mitglieder des Stiftungsvorstands zugewiesen ist) beriefen daraufhin den Stiftungsvorstand aus wichtigem Grund ab und bestellten neue Mitglieder.

2. Bereits in seiner Entscheidung vom 24.2.2011, 6 Ob 195/10k, hat der OGH – in teilweiser Abkehr von OGH 16.2.2006, 6 Ob 178/05b – die Prüfpflichten des Firmenbuchgerichts bei Anmeldung der Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands einer Privatstiftung verschärft und den abberufenen Mitgliedern des Stiftungsvorstands Rechtsmittellegitimation zuerkannt. Die vorliegende Entscheidung festigt diese Judikaturlinie. Hiernach ist bei der Anmeldung der Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands von Amts wegen zu prüfen, ob der Abberufungsgrund schlüssig dargelegt wurde. Im Wesentlichen handelt es sich um eine Plausibilitätskontrolle. Bestehen allerdings Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Gesuch zugrunde liegenden Tatsachen (etwa aufgrund amtsweg bekannter Umstände oder mangels Schlüssigkeit/Plausibilität des Vorbringens), ist eine weitergehende Prüfung vorzunehmen. Die Prüfpflicht als solche darf allerdings nicht überspannt werden.

Unabhängig davon ist mE auch weiterhin eine Klage des abberufenen Mitglieds des Stiftungsvorstands auf Feststellung der Unwirksamkeit der Abberufung (OGH 24.2.2011, 6 Ob 195/10k) zulässig (siehe auch *Karollus*, JBl 2011, 329 [330]; im Ergebnis auch *Babinek*, Zur Abberufung des Stiftungsvorstands aus wichtigem Grund, *ecolx* 2012, 616 [617]).

3. Zum Vorliegen wichtiger Gründe für eine Abberufung gibt die vorliegende Entscheidung im Wesentlichen den aktuellen Judikaturstand wieder (siehe die Zusammenfassung bei *N. Arnold*, PSG² [2007] § 27 Rz 23 f). Ua wird auch neuerlich (so bereits OGH 16.6.2011, 6 Ob 82/11v) bestätigt, dass ein Verstoß des Stiftungsvorstands gegen die Auskunftspflichten nach § 30 PSG einen Abberufungsgrund darstellen kann.

4. Die OGH-Entscheidung vom 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, zur Frage der Anwendbarkeit der Unvereinbarkeitsbestimmungen auf Vertreter der Begünstigten im Stiftungsvorstand hat eine breite Diskussion im Schrifttum hervorgerufen (siehe bspw *Eiselsberg*, Stifterrechte, Aufsichtsrat, Beirat – Gesetzesverständnis und Missverständnisse, in *Eiselsberg*, Jahrbuch Stiftungsrecht 2010 [2010] 115; *ders*, Die OGH-Entscheidungen zur Besetzung des Beirates und des Stiftungsvorstandes, *Kathrein & Co. Stiftungsletter* 14 [2010], 20; *Hügel*, Gericht als gefährlicher Gesetzgeber, *Die Presse – Rechtsparanorama* vom 8.2.2010; *Oberndorfer*, Begünstigteinfluss – quo vadis? *ZfS* 2009, 164; *H. Torggler*, „Aufsichtsratsähnliche“ Begünstigtenbeiräte im Lichte der jüngsten Judikatur, *Kathrein & Co. Stiftungsletter* 14 [2010], 26; *Kals*, *GesRZ* 2010, 65; *Zollner*, Kernaussagen des OGH im Verhältnis zur Lehre und Rechtsprechung, *Kathrein & Co. Stiftungsletter* 14 [2010], 9; *ders*, Die „Beiratsentscheidung“ und die „Rechtsanwaltsentscheidung“ des OGH im Lichte von Lehre und Rechtsprechung, in *Eiselsberg*, Jahrbuch Stiftungsrecht 2010 [2010] 41). Mit der vorliegenden Entscheidung stellt das Höchstgericht klar, dass es auch in seiner bisherigen Judikatur um die Frage ging, ob ein Vollmachtsverhältnis eine Interessenkollision schafft, die die Qualität eines Abberufungsgrundes nach § 27 Abs 2 PSG erreicht (so bereits *N. Arnold*, *Einschränkungen für Begünstigte, begünstigtdominierte Beiräte und Stifter*, *GesRZ* 2009, 348 [353]; siehe auch *Ch. Nowotny*, *Privatstiftungen – weiterhin „in troubles“?* *RdW* 2010, 747). An diesen Grundsätzen ist im Übrigen auch im zeitlichen Anwendungsbereich des PSG idF BBG 2011 festzuhalten. Konkret ist zu fragen, ob durch die Nahebeziehung eine Interessenkollision besteht, durch die die Verfolgung des Stiftungszwecks, insb bei Vollziehung der vom Stifter vorgesehenen Begünstigungsregelung, sichergestellt und das sonstige ordnungsgemäße Funktionieren der internen Kontrollsysteme mit hinreichender Sicherheit gewährleistet ist.

Allein der Umstand, dass das notarielle Vorstandsmitglied den minderjährigen Begünstigten im Verlassenschaftsverfahren vertrat/vertritt, lässt nach Aussage des OGH einen möglichen Interessenkonflikt mit der Privatstiftung oder anderen Begünstigten nicht erkennen. Diese aus Sicht der Praxis begrüßenswerte Aussage gilt mE gleichermaßen für sonstige Vertreter freier Berufe (wie etwa Steuerberater/Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte). Die Vertretung von Begünstigten in Verfahren ohne Konnex zur Privatstiftung (etwa bei einem Verkehrsunfall – siehe bereits das Beispiel bei *N. Arnold*, *GesRZ* 2009, 353) ist daher zulässig. Eine Interessenkollision wird aber typischerweise bei einer Vertretung (nicht nur von Begünstigten, sondern auch von anderen Personen) gegen die Privatstiftung anzunehmen sein.

5. Unabhängig davon zu beurteilen ist die Frage des Vorliegens einer Unvereinbarkeit. Nach § 15 Abs 3a PSG idF BBG 2011 sind die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 15 Abs 2 und 3 PSG auch auf Personen anzuwenden, die von Begünstigten, deren Angehörigen oder den in Abs 3 leg cit genannten ausgeschlossenen Personen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand beauftragt wurden (diese Regelung war vom zeitlichen Anwendungsbereich her auf den konkreten Sachverhalt noch nicht anzuwenden; die Wertungen ließen sich aber bereits bisher aus den Unvereinbarkeitsbestimmungen ableiten).

§ 15 Abs 3a PSG idF BBG regelt nicht das Vorliegen eines Abberufungsgrundes nach § 27 Abs 2 PSG, sondern dient als Teil der Unvereinbarkeitsbestimmungen vielmehr der Vermeidung der Umgehung von Unvereinbarkeitsbestimmungen durch die Zwischenschaltung von den Begünstigten (etc) weisungsunterworfenen Personen. § 15 Abs 3a PSG behandelt daher eine unmittelbare Rechtsbeziehung oder zumindest ein faktisches Weisungsverhältnis zwischen den Begünstigten (etc) und dem Organmitglied (*N. Arnold*,

Stiftungsrechtliche Änderungen für Privatstiftungen durch das BBG 2011, *GesRZ* 2011, 101 [107]), die/das so weit geht, dass das Mitglied des Stiftungsvorstands gleichsam Marionette/Strohmann der in § 15 Abs 2 oder 3 PSG ausgeschlossenen Personen ist. Alle sonstigen Fragen eines Naheverhältnisses sind – soweit es sich nicht um die verwandtschaftlichen Naheverhältnisse des Abs 2 leg cit handelt – unter der Prämisse des Vorliegens eines Abberufungsgrundes nach § 27 Abs 2 PSG zu prüfen (siehe auch *Babinek*, *ecolex* 2012, 619).

6. Das Höchstgericht anerkennt indirekt, dass der Stiftungsvorstand im Rahmen unternehmerischen Ermessens handeln kann. So deutet der OGH insb an, dass er Thesaurierungsentscheidungen des Stiftungsvorstands (in Bezug auf die Ausschüttungspolitik aus Tochtergesellschaften), soweit sie im Bereich des kaufmännisch/unternehmerisch Vertretbaren liegen, nicht als Abberufungsgrund sehen würde. Diese Aussage hat auch Bedeutung für sonstige Entscheidungen des Stiftungsvorstands im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens (zur Business Judgement Rule siehe *Briem*, *Unternehmerische Entscheidungen in Stiftungen*, *PSR* 2010, 108; *Hofmann*, *Überlegungen zur Verantwortung des Stiftungsvorstands bei Investitionsentscheidungen*, *PSR* 2010, 173; siehe auch *Murko/Zollner*, *PSR* 2012, 36).

7. Darüber hinaus hatte das Höchstgericht die Frage zu klären, ob ein Auftragsverhältnis (Mandatsverhältnis) zwischen einem Mitglied des Stiftungsvorstands und einer Tochtergesellschaft der Privatstiftung einen Abberufungsgrund darstellen kann. Die Begünstigten hatten dazu vorgebracht, dass der Stiftungsvorstand die Gesellschafterrechte in den Tochtergesellschaften besonders sorgfältig und unbeeinflusst ausüben solle und die Geschäftsführung dieser Gesellschaften genau zu überwachen habe. Dies stehe aber in evidentem Konflikt mit der Tätigkeit der Mitglieder des Stiftungsvorstands als langjährige und dauernde Auftragnehmer dieser Gesellschaften.

Ebenso wie zur Frage von Vertrauenspersonen des Begünstigten im Stiftungsvorstand führt das Höchstgericht aus, dass es jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängt, ob ein Mandatsverhältnis eines Stiftungsvorstandsmitglieds zu einer der Privatstiftung gehörenden oder von ihr beherrschten Gesellschaft ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar macht. Im konkreten Fall hatte das Höchstgericht keine Bedenken.

Auffallend ist, dass der OGH auf die Frage, ob Rechtsgeschäfte zwischen einem Mitglied des Stiftungsvorstands und einer Tochtergesellschaft der Privatstiftung nach § 17 Abs 5 PSG genehmigungspflichtig sind, nicht näher eingeht. Indirekt dürfte die vorliegende Entscheidung damit bestätigen, dass die Beauftragung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands durch Beteiligungsunternehmen/Tochtergesellschaften der Privatstiftung keinen Anwendungsfall des § 17 Abs 5 PSG darstellt. Dieses Ergebnis deckt sich im Übrigen mit der hA (*Ch. Nowotny*, *Insichgeschäfte bei der Privatstiftung*, *ecolex-Script* 2007/36; *Csoklich*, *Rechtsgeschäfte mit und Vergütung von Vorstandsmitgliedern*, *ZfS* 2006, 97 [100]; *Kals*, *Vortragsunterlagen Kathrein & Co. vom 23.10.2008*; offenbar auch *Murko/Zollner*, *PSR* 2012, 37). Es dürfte auch der überwiegenden Ansicht der Firmenbuchgerichte entsprechen (*Zentrum für Stiftungsrecht*, *Résumé-Protokoll des Workshops „Aktuelles zum Stiftungsrecht“*, *GesRZ* 2012, 173 [176]).

Bei Rechtsgeschäften zwischen Mitgliedern des Stiftungsvorstands und Tochtergesellschaften der Privatstiftung sind allfällige Interessenkonflikte daher über die im Gesellschaftsrecht zur Verfügung stehenden Instrumente aufzulösen. Aus praktischer Sicht ist diese Entscheidung zu begrüßen (wiewohl der OGH die Frage des § 17 Abs 5 PSG nicht ausdrücklich angesprochen hat und damit noch eine gewisse Rechtsunsicherheit verbleibt). Auf die Vermeidung von Doppelvertretungen, nach Möglichkeit Einschaltung weiterer Gremien zur Auflösung des Konflikts und entsprechende Dokumentation sollte tunlichst geachtet werden.

8. Die rechtliche Schlussfolgerung, dass Rechtsgeschäfte zwischen Tochtergesellschaften der Privatstiftung und einem Mitglied des Stiftungsvorstands nicht § 17 Abs 5 PSG unterliegen, stellt im Übrigen auch keinen Widerspruch zu meiner Ansicht (*N. Arnold*, *PSG*², § 17 Rz 92a) zur Genehmigungspflicht von Rechtsgeschäften zwi-

schen der Privatstiftung und dem Stiftungsvorstand zuordenbaren Rechtsträgern dar. In dem vom Höchstgericht hier zu entscheidenden Fall geht es nämlich um ein Rechtsgeschäft mit einer rechtlich eigenständigen Tochtergesellschaft der Privatstiftung, dh nicht mehr um ein „Rechtsgeschäft der Privatstiftung“. Es besteht daher aus Sicht der Privatstiftung weder das Erfordernis einer Auflösung der Interessenkollision noch eine gerichtliche Zuständigkeit (auch § 40 PSG würde ins Leere laufen). Anders bei Rechtsgeschäften zwischen einem dem Stiftungsvorstand zurechenbaren Rechtsträger und der Privatstiftung. In diesen Fällen liegt weiterhin ein Rechtsgeschäft der Privatstiftung vor (Anwendungsvoraussetzung des § 17 Abs 5 PSG). Es kann keinen Unterschied machen, ob das Mitglied des Stiftungsvorstands das Rechtsgeschäft mit der Privatstiftung persönlich abschließt (etwa eine Liegenschaft von dieser erwirbt) oder ob es einen Rechtsträger (etwa eine Gesellschaft, deren Alleingesellschafter es ist) vorschaltet. Die gegen eine Anwendung des § 17 Abs 5 PSG für die Fälle, in denen ein vom Stiftungsvorstand kontrollierter bzw ihm wirtschaftlich zurechenbarer Rechtsträger mit der Privatstiftung kontrahiert, vorgebrachten Argumente (*Csoklich*, ZfS 2006, 100; *Kalss*, Interessenkonflikte bei Stiftungen, Kathrein & Co. Stiftungsletter 13 [2009], 4 [4 f]; diesen folgend OLG Linz 14.2.2011, 6 R 10/11z) überzeugen mE nicht (so auch *Briem*, In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, ZUS 2012, 60 [62 f]). Auch Rechtsgeschäfte zwischen dem Mitglied des Stiftungsvorstands und der Privatstiftung könnten durch die übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands abgewickelt werden, sie unterlägen gleichfalls der Kontrolle des Stiftungsprüfers, könnten gegebenenfalls über eine Sonderprüfung nach § 31 PSG releviert werden und schließlich in eine Haftung (§ 29 PSG) bzw Abberufung (§ 27 Abs 2 PSG) münden. § 17 Abs 5 PSG wäre damit argumentativ seine Grundlage generell entzogen; der Umstand, dass der Gesetzgeber diese gesetzliche Anordnung dennoch getroffen hat, zeigt, dass er diese Schutzmechanismen für „Rechtsgeschäfte der Privatstiftung“ nicht als ausreichend angesehen hat. In der vorliegenden Entscheidung musste sich das Höchstgericht mit dieser Frage allerdings nicht auseinandersetzen.

Nikolaus Arnold

Dr. Nikolaus Arnold ist Rechtsanwalt in Wien.

Ausgewählte OLG-Entscheidungen

Rückwirkende Bestellung des Stiftungsprüfers

§ 20 Abs 1 PSG

1. Erfolgt die Bestellung eines Stiftungsprüfers durch das Gericht verspätet, obwohl die Anregung zur Bestellung zeitgerecht erfolgte, kann die Bestellung für bereits abgelaufene Jahre (nur) mit Wirkung *ex nunc* erfolgen. Dies bedeutet, dass dem Stiftungsprüfer die Durchführung der unerledigten – und einer Erledigung noch zugänglichen – in die Kompetenz des Stiftungsprüfers fallenden Aufgaben hinsichtlich des abgelaufenen Geschäftsjahres aufgetragen wird.

2. Es ist sachgerecht, die Funktionsdauer des Stiftungsprüfers auf die zu prüfenden Geschäftsjahre zu beziehen. Die weiteren Kontrollbefugnisse und -pflichten stehen iZm der Prüfungstätigkeit für die vom Stiftungsprüfer zu prüfenden Geschäftsjahre und sind iZm dieser Kontrolltätigkeit auszuüben.

OLG Wien 24.4.2012, 28 R 81/12f

*

Erlöschen der Funktion des Stiftungsprüfers

§ 20 Abs 1 PSG

Die Funktion des Stiftungsprüfers ist höchstpersönlicher Natur. Selbst bei Untergang der juristischen Person durch

Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge nach § 2 UmwG erlischt die Bestellung zum Stiftungsprüfer. Ob dies auch bei einer bloß formwechselnden Umwandlung der Fall ist, hat das Gericht nicht abschließend geklärt.

OLG Wien 13.3.2012, 28 R 229/11v

*

Rückwirkende Bestellung des Stiftungsprüfers

§ 20 Abs 1 PSG

1. Wird die Anregung auf Bestellung eines Stiftungsprüfers zu spät, also nach Ende des zu prüfenden Geschäftsjahres, gestellt, kann die Bestellung für dieses abgelaufene Jahr (nur) mit Wirkung *ex nunc* erfolgen. Dies bedeutet, dass dem Stiftungsprüfer die Durchführung der unerledigten – und einer Erledigung noch zugänglichen – in die Kompetenz des Stiftungsprüfers fallenden Aufgaben hinsichtlich des abgelaufenen Geschäftsjahres aufgetragen wird.

2. Es ist sachgerecht, mit der Bestellung den Aufgabenbereich des Stiftungsprüfers auf die zu prüfenden Geschäftsjahre zu beziehen.

OLG Wien 14.3.2012, 28 R 40/12a

*

Zustimmungspflichtige Geschäfte

§ 25 PSG

§ 95 Abs 1 Z 12 AktG

§ 95 Abs 1 Z 12 AktG ist auf eine Privatstiftung nicht analog anzuwenden.

OLG Wien 7.7.2011, 28 R 98/11d

*

Gerichtliche Bestellung des Stiftungsvorstands

§ 78 AußStrG

§ 27 PSG

Der Anreger der gerichtlichen Bestellung von Stiftungsvorstandsmitgliedern ist nicht Partei und kann nicht zum Kostenersatz verpflichtet werden.

OLG Wien 29.11.2011, 28 R 184/11a

*

Kostenersatz von ehemaligen Begünstigten

§ 78 AußStrG

§ 27 PSG

RAT

1. Haben ehemalige Begünstigte die Rechtsansicht vertreten, Begünstigte und dadurch antrags- und rekursberechtigt iSd § 27 PSG zu sein, so sind sie Partei und es kann ihnen Kostenersatz nach § 78 AußStrG auferlegt werden.

2. Für die Bemessungsgrundlage gelten vorrangig die besonderen Bewertungsbestimmungen des RATG.

OLG Wien 6.10.2011, 28 R 186/11w; (Revisionsrekurs mit Beschluss des OGH vom 12.1.2012, 6 Ob 272/11k, zurückgewiesen)

BESTELLEN SIE JETZT IHR HALBJAHRESABO 20% günstiger!



GesRZ-Halbjahresabo 2012
(Heft 4–6)
EUR 44,80
Jahresabo EUR 112,-

Bestellschein

Fax +43 1 24 630-53

Ich / Wir bestelle(n) hiermit umgehend direkt durch die Linde Verlag Wien GmbH, Scheydgasse 24, 1210 Wien,
Tel.: +43 1 24 630 • Fax: +43 1 24 630-23 • www.lindeverlag.at • E-Mail: office@lindeverlag.at

Ex. **GesRZ-Halbjahresabonnement 2012** (Heft 4–6)

EUR 44,80

Jahresabo 2012 **EUR 112,-**

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Kundennummer (falls vorhanden):

Firma:

Vorname:

Nachname:

Straße:

PLZ:

Telefon:

Fax:

E-Mail:

Newsletter: ja nein

Datum:

Unterschrift:

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

office@lindeverlag.at • www.lindeverlag.at

Linde