

# Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von  
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

**GesRZ**

## **Susanne Kalss**

Übernahme verwaltungsrechtlicher Geldstrafen durch die Gesellschaft

## **Theresa Haglmüller**

Ergänzung der Tagesordnung gemäß § 38 Abs 3 GmbHG

## **Heinrich Foglar-Deinhardstein / Thomas Trettnak**

Überholender Kontrollwechsel bei Aktienerwerb zu Sanierungszwecken

## **Christoph Klampfl**

Interessen des Begünstigten als „Torwächter“ der Privatstiftung

## **Katharina Hebenstreit / Karl Stückler**

Einbringung von Beteiligungen nach Art III UmgrStG

## **Gesellschafterversammlungen und Satzungsbestimmungen**

Anfechtungsklagen von Hauptversammlungsbeschlüssen

## **Aus der aktuellen Rechtsprechung**

EuGH zur Insider-Information iSd Marktmissbrauchsrichtlinie

OGH zum GmbH-, Aktien- und Privatstiftungsrecht

## **Unternehmensrecht aktuell**

Gesetzgebung, Rechtsprechung, Branchennews



**Linde**

Begünstigten die Entscheidung über die Abberufung aus wichtigem Grund obliege und nicht (rechtzeitig) dargetan worden sei, dass diese Stelle ihre Aufgabe nicht wahrnehme, weshalb aufgrund des Subsidiaritätsprinzips die gerichtliche Zuständigkeit (noch) nicht bestehe.

Wie der OGH nunmehr – aufgrund des Revisionsrekurses der beiden Antragsteller – zutreffend ausführt, entspricht diese Auffassung der Vorinstanzen nicht dem Konzept der Subsidiarität der Abberufungskompetenz des Gerichts nach § 27 Abs 2 PSG.

Diese Subsidiarität beschränkt sich nach den Ausführungen des OGH darauf, dass, solange das Gericht noch keine Entscheidung über eine Abberufung aus wichtigem Grund nach § 27 Abs 2 PSG getroffen hat, eine allfällige in der Stiftungserklärung vorgesehene Stelle eine derartige Entscheidung treffen und somit allenfalls der gerichtlichen Entscheidung zuvorkommen kann. In jedem Fall aber muss nach Ansicht des OGH das Gericht (von Amts wegen), unabhängig davon, ob sich andere in der Stiftungserklärung vorgesehene Stellen mit der Abberufung auseinandersetzen, das Vorliegen von wichtigen Gründen prüfen und bejahendenfalls die betroffenen Mitglieder abberufen, sofern nicht die statutarisch vorgesehene Stelle dieser Entscheidung zuvorkommt.

Ergebnis ist also, dass das Subsidiaritätskonzept keinesfalls die Kompetenz des Gerichts zur Abberufung nach § 27 Abs 2 PSG verdrängt, und zwar auch nicht temporär. Ausschließlich dann, wenn bereits eine Entscheidung einer in der Stiftungserklärung vorgesehenen Stelle über eine Abberufung aus wichtigem Grund vorliegt, bleibt für das Gericht kein Raum, aus den gleichen Gründen eine Abberufung vorzunehmen. Keinesfalls aber muss das Gericht abwarten oder feststellen, ob eine in der Stiftungserklärung zur Abberufung berufene Stelle säumig ist oder nicht entsprechend tätig wird, da dies eine unzulässig Einschränkung der gesetzlichen Kompetenz des Gerichts darstellen würde.

Beachtlich ist auch, dass der OGH in dieser Entscheidung eine uE richtige Differenzierung der Subsidiarität der gerichtlichen Kompetenz zwischen der Bestellung von Vorstandsmitgliedern und der Abberufung von Vorstandsmitgliedern vornimmt. Nach Ansicht des OGH ist die bloße Subsidiarität der Bestellungskompetenz des Gerichts stärker ausgeprägt als jene der Abberufungskompetenz und soll die gerichtliche Kompetenz zur Bestellung idR tatsächlich erst dann bestehen, wenn eine allenfalls in der Stiftungserklärung hierzu berufene Stelle untätig ist. Zutreffenderweise verweist der OGH darauf, dass es bei der Abberufung regelmäßig darum geht, „möglichst schnell Schaden von der Stiftung abzuwenden“, während bei der Bestellung „zunächst die Privatautonomie der Stiftung zu achten“ und erst dann zu handeln ist, „wenn es die dazu berufenen Stellen nicht tun“.

Der kurze Blick in Richtung der anderen Gesellschaftsformen, den auch die Erläuterungen zu § 27 Abs 2 PSG erwähnen (vgl ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 31, welche festhalten: „Auch bei der Abberufung tritt das Gericht letztlich an die Stelle, die Mitglieder oder Eigentümer in anderen juristischen Personen haben.“), bestätigt dieses Bild: Die Abberufung von Geschäftsführern einer GmbH bedarf – im Gegensatz zur Bestellung – keiner beglaubigten Unterschriften; der Widerruf von Prokuren ist gegenüber der Bestellung erleichtert und auch die Zustimmungsklage gegen alle nicht mitstimmenden Gesellschafter einer GmbH betreffend die Abberufung von Geschäftsführern wurde letztlich durch die Judikatur – als subsidiäre gerichtliche Kompetenz – entwickelt bzw zugelassen.

Fraglich ist allerdings, ob diese (aus Sicht der Praxis durchaus verständliche und nachvollziehbare) Differenzierung auch mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang zu bringen ist, leitet doch der OGH die (nunmehr) faktisch nicht subsidiäre Abberufungskompetenz des Gerichts aus dem Wortlaut des § 27 Abs 2 PSG ab, welcher in seinen relevanten Bestimmungen lautet: „Das Gericht hat ... auf Antrag oder von Amts wegen abzuweisen ...“, welcher allerdings dem Wortlaut der für die Bestellung relevanten Bestimmung des § 27 Abs 1 PSG, welche lautet: „... hat sie das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen zu bestellen“, im Kern entspricht.

Die hier begründete Judikaturlinie des OGH ist aus Sicht der Praxis jedenfalls eine willkommene Klarstellung zu einer sehr wichtigen Problematik, ranken sich doch viele aktuelle Auseinandersetzungen

in Privatstiftungen (insb iZm dem immer häufiger werdenden Generationenwechsel in Privatstiftungen) um das Thema der künftigen Vorstandsbestellung durch bzw im Interesse der jüngeren Generation von Begünstigten.

Alexander Hasch / Johannes Wolfgruber

Univ.-Lektor DDr. Alexander Hasch und FH-Lektor Mag. Johannes Wolfgruber, MBA sind Rechtsanwälte in Linz.

\*

## Änderung der Stiftungsurkunde

### § 33 Abs 2 PSG

**1. Der Gerichtshof schließt sich der in der Literatur vorgenommenen Unterscheidung zwischen inhaltlichen Beschränkungen und bloßen Modalitäten der Ausübung des Änderungsrechts an.**

**2. Die Frage, in welchem (Präsens-)Quorum und mit welchen Mehrheitserfordernissen die Stifter in Zukunft die Stiftungserklärung ändern können, betrifft keine inhaltliche Beschränkung, sondern lediglich die Modalitäten der Ausübung des Änderungsrechts.**

OGH 15.12.2014, 6 Ob 210/14x (OLG Linz 6 R 182/14x; LG Steyr 21 Fr 1217/14k)

Fünf Stifter errichteten die Privatstiftung E.

Die Abs 1 und 2 des § 15 der Stiftungsurkunde vom 5.1.1995 lauten:

„(1) Die Stifter behalten sich das Recht vor, Änderungen der Stiftungserklärung, gleichgültig ob sie in der Stiftungsurkunde oder in der Stiftungszusatzurkunde beurkundet sind, auch nach Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch mit Zustimmung des Stiftungsbeirats vorzunehmen.

(2) Jeder der Stifter hat eine Stimme. Solange mehr als vier Stifter am Leben sind, ist zur Änderung der Stiftungserklärung eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich. Sind nur mehr vier Stifter am Leben, können Änderungen der Stiftungserklärung nur einstimmig vorgenommen werden. Das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung erlischt, sobald nur noch drei Stifter am Leben sind.“

Eine Stifterin ist verstorben.

Mit Notariatsakt vom 6.5.2014 änderten die vier verbliebenen Stifter § 15 (jetzt: § 17) Abs 2 der Stiftungsurkunde wie folgt:

„(2) Jeder Stifter hat eine Stimme. Solange mehr als vier Stimmen am Leben sind, ist zur Änderung der Stiftungserklärung eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich. Sind nur mehr vier Stifter am Leben, können Änderungen der Stiftungserklärung nur einstimmig vorgenommen werden. Sind nur mehr drei oder zwei Stifter am Leben, können Änderungen der Stiftungserklärung nur einstimmig vorgenommen werden, wobei der Stiftungszweck und Regelungen im Zusammenhang mit den Begünstigten und Begünstigungen, Letztbegünstigten und Letztbegünstigungen sowie der Besetzung und Beschlussfassung des Beirats und der Zustimmungsvorbehalt des Beirats zu Änderungen der Stiftungserklärung von drei oder zwei Stiftern nicht mehr geändert werden können. Das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung erlischt, sobald nur noch ein Stifter am Leben ist.“

Die Privatstiftung beantragte neben der Eintragung weiterer mit Notariatsakt vom 6.5.2014 beschlossener Änderungen der Stiftungsurkunde auch die Eintragung der Änderung von deren § 17 Abs 2. Der Beirat hatte der Änderung zugestimmt.

- ▶ Das Erstgericht wies den Antrag auf Bewilligung der Änderung der Stiftungsurkunde in § 17 Abs 2 ab und behielt sich die Entscheidung über die Bewilligung des Antrags auf Änderung der Stiftungsurkunde in den übrigen Punkten vor.
- ▶ Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung.
- ▶ Der OGH gab dem Revisionsrekurs der Privatstiftung Folge und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung unter Abstandnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund auf.

## Aus der Begründung des OGH:

1.1. 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). Ist eine Änderung wegen Wegfalls eines Stifters, mangels Einigkeit bei mehreren Stiftern oder deswegen nicht möglich, weil Änderungen nicht vorbehalten sind, so kann der Stiftungsvorstand unter Wahrung des Stiftungszwecks Änderungen in der Stiftungserklärung zur Anpassung an geänderte Verhältnisse vornehmen (dazu jüngst 6 Ob 198/13f). Die Änderung bedarf der Genehmigung des Gerichts (§ 33 Abs 2 Satz 2 und 3 PSG).

1.2. Die Möglichkeit des Vorbehalts einer Änderung der Stiftungsurkunde stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass die Stiftung auf Grundlage der Stiftungserklärung zum vom Stifter losgelösten Rechtsträger wird. Diese ausnahmsweise Berücksichtigung des Stifterwillens nach dem Entstehen der Privatstiftung setzt einen entsprechenden Vorbehalt in der Stiftungserklärung voraus. Bei einem umfassenden, nicht eingeschränkten Änderungsvorbehalt in der Stiftungserklärung ist jede Änderung der Stiftungserklärung zulässig (6 Ob 61/04w). Ist in der Stiftungserklärung hingegen kein Änderungsrecht vorbehalten, so kann dies nach Eintragung in der Privatstiftung nicht mehr nachgeholt werden (*Arnold*, PSG<sup>3</sup>, § 33 Rz 36; *Diregger/Winner* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 116 f; *Wolfruber* in *Hasch & Partner*, PSG<sup>2</sup>, § 33 Rz 25).

2.1. Die Frage, ob eine Aufhebung von inhaltlichen oder zeitlichen Beschränkungen des Änderungsrechts des Stifters, die er sich selbst auferlegt hat, möglich ist, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet.

2.2. 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; *Ch. Nowotny* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen, 141 f; *Diregger/Winner*, aaO, 117; *Hochedlinger/Hasch*, Exekutionssichere Gestaltung von Stiftungserklärungen, RdW 2002, 194 [197]).

2.3. Nach *Hochedlinger/Hasch* (aaO) kann ein Änderungsrecht in inhaltlicher oder zeitlicher Hinsicht zwar nachträglich vom Stifter beschränkt werden; eine nachträgliche Ausweitung oder Aufhebung komme hingegen nicht in Betracht. Daher sei eine (gänzliche) Rückgängigmachung einer Einschränkung des Änderungsrechts kaum möglich.

2.4. Nach *Arnold* (PSG<sup>3</sup>, § 33 Rz 41) habe der Stifter auch bei Aufnahme von inhaltlichen oder zeitlichen Beschränkungen das Gestaltungsrecht erworben, er habe es lediglich freiwillig selbst beschränkt. Das PSG schließe eine freiwillige Beschränkung des Gestaltungsrechts nicht aus, verbiete aber ebenso wenig, dass die Beschränkung wiederum aufgehoben werde. Eine Aufhebung der Beschränkung der Änderung sei daher unter Einhaltung der ursprünglichen Beschränkung zulässig. Hingegen sei eine nachträgliche Aufhebung inhaltlicher Beschränkungen nicht möglich. Bei zeitlichen Beschränkungen sei zu differenzieren: Habe sich der Stifter die Änderung

der Stiftungserklärung unbeschränkt vorbehalten, aber (freiwillig und ohne diesbezügliche Bindung an Dritte) festgelegt, dass er dieses Recht nur innerhalb der ersten 10 Jahre nach Entstehen der Privatstiftung ausüben werde, könne er diese freiwillige zeitliche Beschränkung innerhalb dieses Zeitraums auch wieder beseitigen. Nach Ablauf dieses Zeitraums wäre eine Änderung hingegen nicht mehr möglich. Die Modalitäten der Ausübung des Änderungsrechts (§ 3 Abs 2 PSG), die insb bei Stiftermehrheit zumeist zeitliche Abfolgen enthielten, seien keine freiwilligen Selbstbeschränkungen idS und könnten bei unbeschränktem Änderungsvorbehalt auch nachträglich abgeändert werden.

2.5. Nach *Arnold* (PSG<sup>3</sup>, § 3 Rz 51) könnte, wenn sich von drei Stiftern lediglich die Stifter A und B ein Widerrufsrecht vorbehalten, der Stifter C aber auf das Widerrufsrecht verzichtet, dem Stifter C auch über eine Änderung der Modalitäten nicht nachträglich das Änderungsrecht zuerkannt werden. Sehr wohl könnte hingegen bei entsprechendem Änderungsvorbehalt auch nachträglich dahingehend differenziert werden, ob die Stifter A und B die Änderung nur gemeinsam vornehmen können bzw ob es zeitliche Abfolgen – etwa zu Lebzeiten und bei Geschäftsfähigkeit ein Alleinentscheidungsrecht des Stifters A – oder auch eine Änderungsmöglichkeit für einen der Stifter – mit Ausnahme des Stifters C – nach Ableben des anderen Stifters gibt.

2.6. Nach *Hochedlinger* (Verzicht lediglich eines Mitstifters auf gemeinsam vorbehaltenes Änderungsrecht möglich? *ecollex* 2004, 863) sei die „gedankliche Trennlinie“ zwischen inhaltlichen Beschränkungen des Änderungsrechts einerseits und Beschränkungen der Ausübung des Änderungsrechts (zeitliche oder organisatorische Beschränkungen) andererseits zu ziehen. Während inhaltliche Beschränkungen im Nachhinein nicht mehr aufgehoben werden könnten, sei dies im Falle zeitlicher oder sonstiger Beschränkungen, die lediglich die Art und Weise der Durchführung der Änderung der Stiftungserklärung zum Gegenstand hätten, unter Beachtung der betreffenden Beschränkung sehr wohl möglich. Man sollte in sprachlicher Hinsicht differenzieren und lediglich „inhaltliche“ Restriktionen als „Beschränkung des Änderungsrechts“ qualifizieren. Dem gegenüber sollten „zeitlich“ oder „organisatorisch“ bezeichnete Einschränkungen besser als „Beschränkungen betreffend die Ausübung des Änderungsrechts“ bezeichnet werden. Die Gegenauffassung würde darauf hinauslaufen, dass mehrere Stifter nur anlässlich der Errichtung der Stiftung in der Stiftungsurkunde vom gesetzlichen Einstimmigkeitsprinzip abweichen dürften, nachträglich aber nicht mehr, selbst wenn sie sich ein inhaltlich umfassendes Änderungsrecht vorbehalten. Die Stifter wären zur Ausübung stifterlicher Gestaltungsrechte auf Lebzeiten aneinander gebunden.

2.7. *Ch. Nowotny* (in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, aaO, 134) bezweifelt, ob das Wesen der Privatstiftung eine Einschränkung der Änderungsbefugnis erfordere. Das PSG lasse es an sich zu, dass der Stifter weitgehend privatautonom seiner Stiftung den Willen vorgebe und auch Stifterrechte nachträglich korrigiere oder ändere. Es sei kein Grund zu sehen, warum nicht – sofern nicht Rechtspositionen Dritter betroffen seien – der Stif-

ter auch nachträglich eine entsprechende Erweiterung seiner Stifterrechte vornehmen können solle.

3.1. In der E 6 Ob 61/04w sprach der erkennende Senat aus, es sei grundsätzlich zutreffend, dass eine einmal getroffene Einschränkung des Abänderungsrechts des Stifters in dem in die Stiftungserklärung aufgenommenen Vorbehalt nicht nachträglich wieder aufgehoben werden dürfe.

3.2. Die Entscheidung betraf einen Fall, in dem sich zwei Stifter in der Stiftungsurkunde das Recht eingeräumt hatten, die Stiftung zu ihren Lebzeiten zu widerrufen und die Stiftungserklärung in allen Belangen einstimmig zu ändern. In der Folge änderten die Stifter die Stiftungserklärung dahin, dass einem der beiden Stifter das Recht eingeräumt wurde, die Stiftungserklärung in allen Belangen mit Zustimmung des Stiftungsvorstands zu ändern. Der OGH hielt diese Vorgangsweise für zulässig. Schranken der Änderungsbefugnis ergäben sich demnach aus der auszulegenden Stiftungserklärung. Hätten sich die Stifter in der Stiftungserklärung „in allen Belangen“ eine Änderung vorbehalten und hierzu – iSd dispositiven gesetzlichen Regelung des § 3 Abs 2 PSG – Einstimmigkeit für erforderlich erklärt, so könnten sie dieses Einstimmigkeitserfordernis nachträglich abändern. Der Hinweis auf das gesetzliche Einstimmigkeitsprinzip in der Stiftungsurkunde sei nicht dahin auszulegen, dass die Stifter vereinbart hätten, auf die Abänderung dieses Prinzips zu verzichten. Aus diesem Grund war in dieser Entscheidung auf die im Schrifttum diskutierte Frage, ob nach Eintragung der Privatstiftung eine vom Stifter bzw von den Stiftern sich selbst auferlegte Beschränkung des Änderungsrechts nachträglich beseitigt werden dürfe, nicht mehr einzugehen.

3.3. In der E 6 Ob 18/07a (SZ 2007/84) bekräftigte der erkennende Senat diese Rspr. Nach dieser Entscheidung kann zwar einer von mehreren Stiftern auf die in der Stiftungserklärung eingeräumten Gestaltungs- und Stifterrechte verzichten, die dadurch ausgelöste Änderung der Stiftungserklärung bedarf jedoch mangels gegenteiliger Vereinbarung iSd § 3 Abs 2 PSG der Zustimmung aller Stifter und der Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde im Firmenbuch.

4.1. Die E 6 Ob 49/07k betraf einen Fall, in dem sich die Stifter die – auch allumfassende und wiederholte – Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten hatten. Das Änderungsrecht stand nach Entstehen der Privatstiftung ursprünglich ausschließlich der Hauptstifterin zu. Nach ihrem Ableben sollte dieses Recht auf die beiden Nebenster übergehen, die eine einstimmige Entscheidung zu treffen hätten. Nach der Neufassung der Stiftungsurkunde sollte, wenn der Hauptstifter verstorben oder geschäftsunfähig sei, das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung den Nebenster zustehen. Eine Ausübung des Änderungsrechts durch die Nebenster bedurfte der einstimmigen Zustimmung des Beirats, soweit ein solcher eingerichtet sei, sonst des Stiftungsvorstands.

4.2. Der erkennende Senat sprach aus, die Stifter hätten eine von der gesetzlichen dispositiven Regel der gemeinsamen Ausübung vorbehaltener Rechte eines Stifters (§ 3 Abs 2 PSG) abweichende Regelung getroffen. Die von den Stiftern beschlossene Änderung der Stiftungsurkunde gestalte nur die

Ausübbarkeit der Stifterrechte, die in der Stiftungsurkunde vorbehalten sein müssten, um überhaupt entstanden zu sein, unter den Stiftern unterschiedlich, indem die Ausübbarkeit an die Bedingung des Ablebens einer Stifterin gebunden werde. Zu deren Lebzeiten hätten die beiden anderen Stifter nur eine Anwartschaft auf die spätere Ausübung der Stifterrechte. In diesem Fall seien nicht das Änderungs- und das Widerrufsrecht bedingt, sondern die Ausübbarkeit dieser im Anfall von allen Stiftern unbedingt, unbefristet und inhaltlich nicht beschränkt vorbehaltenen Rechte. Die nachgereihten Stifter hätten auf die Ausübbarkeit des Änderungs- und Widerrufsrechts nicht gänzlich und für immer verzichtet; sie seien vielmehr lediglich zeitlich von der Ausübung dieser Rechte ausgeschlossen.

4.3. Auch unter dem Blickwinkel des § 3 Abs 3 PSG bestünden keine Bedenken, handle es sich doch nicht um eine Übertragung von Stifterrechten unter Lebenden. Die Einräumung eines Zustimmungsrechts an einen Beirat sei keine Einräumung eines höchstpersönlichen (vgl dazu *Arnold*, PSG<sup>3</sup>, § 33 Rz 35) Gestaltungsrechts; dadurch binde ein Stifter lediglich sein Änderungsrecht. Dies sei nicht bedenklich, könne doch ein Stifter das vorbehaltene Änderungsrecht inhaltlich beschränken oder überhaupt darauf verzichten.

5.1. Der erkennende Senat hat erwogen:

Nach der Konzeption des Gesetzes ist nach Entstehen der Privatstiftung eine Änderung der Stiftungserklärung nur möglich, wenn alle Stifter noch leben und die Änderung einstimmig erfolgt. Die Regelung des § 3 Abs 2 PSG ist jedoch nach einhelliger Auffassung dispositiv (6 Ob 61/04w; 6 Ob 49/07k; 6 Ob 50/07g; *Arnold*, PSG<sup>3</sup>, § 3 Rz 47).

5.2. Der Zweck der ursprünglichen Regelung lag ersichtlich darin, dass die Änderung der Stiftungserklärung an eine bestimmte Mindestzahl der daran mitwirkenden Personen gebunden werden sollte, wodurch offenbar eine Beschlussfassung nach umfassender Diskussion und Anhörung einer Vielzahl von Meinungen sichergestellt werden sollte.

5.3. Damit ist aber die Frage nicht beantwortet, ob bei Einhaltung der in der Stiftungserklärung vorgesehenen Modalitäten von einer derartigen Regelung wieder abgegangen werden kann.

5.4. Die Änderung der Stiftungserklärung hat im vorliegenden Fall zwei voneinander zu trennende Konsequenzen. Einerseits wird das ursprüngliche Anliegen, Änderungen der Stiftungserklärung an eine breite Diskussion unter den Mitstiftern und daher an eine entsprechende Mindestzahl von noch lebenden änderungsberechtigten Stiftern zu knüpfen, nur mehr eingeschränkt verwirklicht. Dieser Umstand ist jedoch in Fortführung der in der E 6 Ob 61/04w angestellten Überlegungen nicht zu beanstanden. Ein grundlegender Unterschied zu der in der Vorentscheidung 6 Ob 61/04w beurteilten Konstellation ist insoweit nicht zu erblicken. Die Reduktion der Anzahl der für die Änderung der Stiftungsurkunde erforderlichen Mitwirkenden wurde in dieser Entscheidung bereits gebilligt.

5.5. Von der in der E 6 Ob 61/04w behandelten Konstellation unterscheidet sich der vorliegende Fall jedoch dadurch, dass

nach der Änderung der Stiftungserklärung das Änderungsrecht auch besteht, wenn nur mehr zwei oder drei Stifter am Leben sind. Anders als in dem der E 6 Ob 61/04w zugrunde liegenden Fall hat nicht lediglich ein vorher zur gemeinsamen Ausübung des Änderungsrechts berechtigter Stifter auf diese Einflussmöglichkeit verzichtet, sondern wurde das Änderungsrecht auch zwei oder drei Nebentiftern gemeinsam eröffnet, die nach der ursprünglichen Konzeption der Stiftungserklärung dieses Recht nur gehabt hätten, solange vier Stifter am Leben sind und einstimmig vorgehen. Damit führt die Änderung der Stiftungserklärung im vorliegenden Fall im Ergebnis zu einer Verlängerung der Änderungsbefugnis.

5.6. In diesem Punkt schließt sich der OGH der in der Literatur vorgenommenen überzeugenden Unterscheidung zwischen „inhaltlichen“ Beschränkungen und bloßen „Modalitäten“ der Ausübung des Änderungsrechts an. Eine – einer nachträglichen Änderung nicht zugängliche – inhaltliche Beschränkung des Änderungsrechts wäre etwa eine in der ursprünglichen Stiftungserklärung vorgesehene Unmöglichkeit der Änderung der Begünstigtenregelung oder des Zwecks der Privatstiftung.

5.7. Dass in der ursprünglichen Stiftungserklärung eine zeitliche Abfolge hinsichtlich der Ausübung des Änderungsrechts vorgesehen sein kann, ist allgemein anerkannt. Gerade im Bereich der Familienstiftungen ist es oft gewünscht, dass zu Lebzeiten eines bestimmten Stifters Gestaltungsrechte ausschließlich diesem zukommen. Für den Fall seines Ablebens kann die Stiftungsurkunde daher anerkanntermaßen vorsehen, dass die Gestaltungsrechte den übrigen Stiftern zukommen, wobei auch hier wiederum Einstimmigkeit oder Mehrstimmigkeit nach verschiedenen Kriterien vorgesehen werden kann (Arnold, PSG<sup>3</sup>, § 3 Rz 54; Ch. Nowotny, Stifterrechte – Möglichkeiten und Grenzen, JBl 2003, 778 [780]). Der Zulässigkeit einer derartigen Änderung stehen auch nicht Rechte oder (schutzwürdige) Erwartungen Dritter entgegen.

5.8. ISd in der E 6 Ob 49/07k angestellten Erwägungen haben die Stifter im vorliegenden Fall auf die Ausübbarkeit des Änderungsrechts nicht gänzlich und für immer verzichtet; sie waren vielmehr lediglich bedingt von der Ausübung dieser Rechte ausgeschlossen. Die Frage, in welchem (Präsens-)Quorum und mit welchen Mehrheitserfordernissen die Stifter in Zukunft die Stiftungserklärung ändern können, betrifft iSd vorstehenden Ausführungen keine inhaltliche Frage, sondern lediglich die Modalitäten der Ausübung des Änderungsrechts.

6. Damit erweist sich die Änderung der Stiftungserklärung im (nunmehrigen) § 17 Abs 2 als unbedenklich. ...

#### Anmerkung:

1. Der vorliegenden OGH-Entscheidung ist vollinhaltlich zuzustimmen. Der Gerichtshof schließt sich der in der Literatur (siehe insb N. Arnold, PSG<sup>3</sup> [2013] § 33 Rz 41; Hochedlinger, Verzicht lediglich eines Mitsifters auf gemeinsam vorbehaltenes Änderungsrecht möglich? eolex 2004, 863) vorgenommenen Unterscheidung zwischen „inhaltlichen“ Beschränkungen des Ände-

rungsrechtes und bloßen „Modalitäten“ der Ausübung des Änderungsrechtes an. *Inhaltliche Beschränkungen* des Änderungsvorbehalts sind Regelungen, die vom Änderungsvorbehalt iSd § 33 Abs 2 PSG ausgenommen sind (als Beispiel wird vom Gerichtshof die Unmöglichkeit der Änderung der Begünstigtenregelung oder des Zwecks der Privatstiftung genannt). Derartige inhaltliche Beschränkungen des Änderungsvorbehalts können nachträglich nicht beseitigt oder geändert werden. Regelungen, welche lediglich die *Modalitäten der Ausübung* des Änderungsrechts zum Inhalt haben (hier ist insb an eine zeitliche Staffelung der Ausübung des Änderungsrechts zu denken), können hingegen unter Einhaltung allfälliger für die Änderung der Stiftungsurkunde geltender Beschränkungen geändert werden.

2. Ein vorbehaltenes Änderungsrecht verleiht der Privatstiftung einen *körperschaftsähnlichen Charakter*. Dieses Recht erlaubt dem Stifter umfassende Änderungen der Stiftungsverfassung, wie es sonst – als wesentlicher Bestandteil des verbandsrechtlichen Selbstbestimmungsrechts – nur aus dem Verbandsrecht bekannt ist (Zollner, Die eigennützige Privatstiftung [2011] 7). Im Kapitalgesellschaftsrecht kann die Änderbarkeit der Satzung gesellschaftsvertraglich nicht ausgeschlossen werden (siehe nur Rauter/Milchrahm in Straube, GmbHG, § 49 Rz 2; E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> [2012] § 145 Rz 8). Dies ist – abgesehen von den gesetzlichen Regelungen über die Änderbarkeit der Satzung – darin begründet, „dass Gesellschaften, um auf Dauer lebensfähig zu bleiben, die Möglichkeit haben müssen, sich mit ihrer Gesellschaftsverfassung veränderten Verhältnissen anzupassen.“ (Stein in MünchKomm AktG<sup>3</sup>, § 179 Rz 56). Im Stiftungsrecht gilt hingegen der umgekehrte Grundsatz: Eine Änderungsbefugnis des Stifters besteht nur insoweit, als er sich ein solches Recht bereits anlässlich der Errichtung der Stiftung in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat. Ansonsten besteht nach § 33 Abs 2 PSG nur die subsidiäre Änderungsbefugnis des Stiftungsvorstands zur Anpassung an geänderte Verhältnisse (siehe hierzu zuletzt OGH 9.10.2014, 6 Ob 198/13f).

Die Erfahrung zeigt, dass die Regelungen über die Änderung der Stiftungserklärung anlässlich der Gründung mitunter zu eng formuliert werden. Spätestens nach einem Generationenübergang entsteht der Wunsch, diese Regelungen flexibler zu fassen.

3. Bei der *Formulierung des Änderungsvorbehalts* ist größte Vorsicht geboten. Alle anderen Regelungen der Stiftungserklärung können bei einem entsprechend umfassenden Änderungsvorbehalt uneingeschränkt geändert werden.

3.1. In der der Entscheidung zugrunde liegenden Stiftungsurkunde haben sich die fünf Stifter ein umfassendes Änderungsrecht vorbehalten. Nach § 15 Abs 1 der Stiftungsurkunde behielten sich die Stifter das Recht vor, „*Änderungen der Stiftungserklärung, gleichgültig ob sie in der Stiftungsurkunde oder in der Stiftungszusatzurkunde beurkundet sind, auch nach Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch mit Zustimmung des Stiftungsbeirates vorzunehmen.*“ Bereits beim Erfordernis der Zustimmung des Stiftungsbeirates stellt sich die Frage, ob es sich hierbei 1.) um eine freiwillige Beschränkung der Ausübung des Änderungsrechts handelt, welche unter Einhaltung der hierfür vorgesehenen Beschränkung (Zustimmung des Stiftungsbeirates) wieder aufgehoben werden kann (siehe nur N. Arnold, PSG<sup>3</sup>, § 33 Rz 41), oder ob es 2.) iS einer unabänderlichen Bestimmung zu verstehen ist. Die Auslegung wird eher für eine freiwillige Ausübungsbeschränkung sprechen (der Gerichtshof hatte die vorliegende Frage nicht zu entscheiden, weil § 15 Abs 1 der Stiftungsurkunde nicht geändert wurde und die Beiratszustimmung zur entscheidungsgegenständlichen Änderung der Stiftungsurkunde erteilt wurde). Klarer wäre es freilich, bei der Formulierung der Stiftungsurkunde zunächst den Änderungsvorbehalt allgemein und uneingeschränkt zu formulieren und die Ausübungsregelungen hieran anschließend gesondert zu regeln.

3.2. § 15 Abs 2 der Stiftungsurkunde idF vor der entscheidungsgegenständlichen Änderung der Stiftungsurkunde lautete wie folgt:

„Jeder der Stifter hat eine Stimme. Solange mehr als vier Stifter am Leben sind, ist zur Änderung der Stiftungserklärung eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich. Sind nur mehr vier Stifter am Leben, können Änderungen der Stiftungserklärung nur einstimmig vorgenommen werden. Das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung erlischt, sobald nur noch drei Stifter am Leben sind.“

Nach dem letzten Satz wäre somit das Änderungsrecht der verbleibenden Stifter erloschen, wenn zwei der insgesamt fünf Stifter verstorben wären. Gerade diese Beschränkung sollte durch die nunmehrige Änderung der Stiftungsurkunde gestrichen werden. Mit anderen Worten: Es sollte den verbleibenden drei Stiftern für den Zeitraum nach dem Ableben von zwei Stiftern das Änderungsrecht zukommen. Das OLG Linz hat diese Änderung in der (unveröffentlichten) Entscheidung vom 22.10.2014, 6 R 182/14y, als unzulässig angesehen, weil es sich bei dieser Änderung „um keine bloße Änderung des Vorganges der Ausübung des Änderungsrechtes, sondern vielmehr um eine inhaltliche Abänderung der Stiftungsurkunde dahin [handelt], dass die Möglichkeit der Einflussnahme der Stifter auf die Privatstiftung für den Zeitraum neu geschaffen werden soll, während dem nur mehr drei oder zwei Stifter am Leben sind.“ Der OGH qualifizierte die vorliegende Regelung hingegen zutreffend nur als Ausübungsbeschränkung, welche auch wieder geändert werden kann. Die wesentliche Begründung liegt darin, dass sich alle Stifter das Änderungsrecht uneingeschränkt vorbehalten haben und nur die Ausübung abweichend von der dispositiven Bestimmung des § 3 Abs 2 PSG geregelt haben, wonach das Änderungsrecht nur gemeinsam von allen Stiftern und nur so lange ausgeübt werden kann, als sämtliche Stifter am Leben sind (siehe N. Arnold, PSG<sup>3</sup>, § 33 Rz 49 f).

3.3. § 15 Abs 2 der Stiftungsurkunde in der neuen Fassung lautet wie folgt:

„Jeder Stifter hat eine Stimme. Solange mehr als vier Stimmen [korrekt: Stifter] am Leben sind, ist zur Änderung der Stiftungserklärung eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich. Sind nur mehr vier Stifter am Leben, können Änderungen der Stiftungserklärung nur einstimmig vorgenommen werden. Sind nur mehr drei oder zwei Stifter am Leben, können Änderungen der Stiftungserklärung nur einstimmig vorgenommen werden, wobei der Stiftungszweck und Regelungen im Zusammenhang mit den Begünstigten und Begünstigungen, Letztbegünstigten und Letztbegünstigungen sowie der Besetzung und Beschlussfassung des Beirates und der Zustimmungsvorbehalt des Beirates zu Änderungen der Stiftungserklärung von drei oder zwei Stiftern nicht mehr geändert werden können. Das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung erlischt, sobald nur noch ein Stifter am Leben ist.“

Nach der vorliegenden OGH-Entscheidung handelt es sich bei sämtlichen Regelungen des § 15 Abs 2 der Stiftungsurkunde um Regelungen über die Ausübung des Änderungsrechts. Die Stifter könnten daher, solange zumindest noch vier Stifter leben, die Stiftungserklärung in allen Punkten (einschließlich des § 15 Abs 2 der Stiftungsurkunde) ändern. Sobald jedoch nur noch drei Stifter leben, sind nach dem Satz 4 des § 15 Abs 2 der Stiftungsurkunde „der Stiftungszweck und Regelungen im Zusammenhang mit den Begünstigten und Begünstigungen, Letztbegünstigten und Letztbegünstigungen sowie der Besetzung und Beschlussfassung des Beirates und der Zustimmungsvorbehalt des Beirates zu Änderungen der Stiftungserklärung“ unabänderlich. Mit dem Zeitpunkt des Ablebens von zwei Stiftern werden daher bestimmte Regelungen unabänderlich. Regelungen, die bis dahin nur die Modalitäten der Ausübung des Änderungsrechts zum Gegenstand hatten, werden in diesem Zeitpunkt zu inhaltlichen Beschränkungen, welche nicht mehr geändert werden können.

Solange mindestens vier Stifter leben, könnte auch der letzte Satz des § 15 Abs 2 der Stiftungsurkunde geändert werden, wonach

das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung erlischt, sobald nur noch ein Stifter am Leben ist. Da der letzte Satz des § 15 Abs 2 der Stiftungsurkunde nicht Gegenstand jener Regelungen ist, welche nach dem Ableben von zwei Stiftern nicht mehr geändert werden können, könnte der letzte Satz des § 15 Abs 2 der Stiftungsurkunde grundsätzlich auch dann noch geändert werden, wenn nur noch zwei Stifter leben. In diesem Fall würde jedoch die Einschränkung des Satzes 4 des § 15 Abs 2 der Stiftungsurkunde, wonach bestimmte Regelungen nicht mehr geändert werden können, auch für den verbleibenden letzten Stifter gelten. Die in diesem Zeitpunkt bestehenden inhaltlichen Beschränkungen könnten nicht dadurch aufgehoben werden, dass dem letzten verbleibenden Stifter wieder ein uneingeschränktes Änderungsrecht eingeräumt wird.

3.4. Solange alle fünf Stifter leben, ist nach § 15 Abs 2 der Stiftungsurkunde (alte und neue Fassung) zur Änderung der Stiftungserklärung „eine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen erforderlich“. Dies bedeutet, dass sich vier von fünf Stiftern für die Änderung der Stiftungserklärung aussprechen müssen. Nach dem Ableben eines Stifters bedarf die Änderung der Stiftungserklärung der Einstimmigkeit. Regelungen, wie die Willensbildung zu erfolgen hat (zB in einer Stifterversammlung), enthalten weder die konkrete Stiftungsurkunde noch das Gesetz (siehe Kalls/Zollner, Ausübung und Änderung von Stifterrechten bei einer Stiftermehrheit, GesRZ 2006, 227 [229]). § 39 Abs 1 PSG verlangt für die Änderung der Stiftungserklärung die Beurkundung durch einen *Notariatsakt*. Ein bloßes notarielles Protokoll, welches in der Praxis zum Teil als ausreichend erachtet wird (siehe *Zentrum für Stiftungsrecht*, *Résumé-Protokoll des Workshops „Aktuelles zum Stiftungsrecht“*, GesRZ 2015, 30 [31]), entspricht dieser Anforderung nicht. Das Erfordernis des Notariatsaktes bedeutet, dass auch jener Stifter, welcher gegen die Änderung der Stiftungserklärung ist, an dem Notariatsakt über die Änderung der Stiftungserklärung mitwirken muss. Einen Stifter, der gegen die Änderung der Stiftungserklärung ist, hierzu zu bewegen, wird mitunter schwierig sein. Wenngleich der überstimmte Stifter aufgrund seiner Treuepflicht hierzu verpflichtet ist und die Mitwirkung am Notariatsakt durch ein stattgebendes Urteil nach § 367 Abs 1 EO ersetzt werden kann, ist dies doch ein mühsamer Weg. Es empfiehlt sich daher,

- entweder die Beschlussfassung über die Ausübung der Stifterrechte – in sinnemäßer Anwendung des § 38 GmbHG – in einer Stifterversammlung zu regeln
- oder zu regeln, dass die Änderung der Stiftungserklärung nur der Erklärung so vieler Stifter bedarf, welche dem jeweiligen Mehrheitserfordernis entspricht (in diesem Fall muss jener Stifter, welcher gegen die Änderung der Stiftungserklärung ist, am Notariatsakt über die Änderung der Stiftungserklärung nicht mitwirken).

Die erste Variante hat den Vorteil, dass in der Versammlung der Stifter auch jener Stifter, der gegen die Änderung der Stiftungserklärung ist, seine Argumente vorbringen und an der Willensbildung teilnehmen kann. Über den Verweis auf § 38 GmbHG, und somit auch auf dessen Abs 7, ist gesichert, dass bei Nichterreichen des erforderlichen Anwesenheitsquorums in der ersten Versammlung die neuerliche Versammlung der Stifter auch dann beschlussfähig ist, wenn nicht alle Stifter an der Versammlung teilnehmen oder ordnungsgemäß vertreten sind. Ein einzelner Stifter kann somit durch die bloße Nichtteilnahme an der Stifterversammlung die Beschlussfassung über die Änderung der Stiftungserklärung nicht verhindern. Um dem Formgebot des § 39 Abs 1 PSG zu entsprechen, ist es erforderlich, das Protokoll über die Stifterversammlung gem § 54 NO in der Form eines Notariatsaktes notariell zu bekräftigen.

Robert Briem

Dr. Robert Briem ist Rechtsanwalt in Wien.

# GesRZ-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**  
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



## BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle  Exemplare

**GesRZ-Jahresabonnement 2015 inkl. Onlinezugang und App**

**EUR 153,-**

(44. Jahrgang 2015, Heft 1-6)

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.

Name/Firma \_\_\_\_\_ Kundennummer \_\_\_\_\_

Straße/Hausnummer \_\_\_\_\_

PLZ/Ort \_\_\_\_\_ E-Mail \_\_\_\_\_

Telefon (Fax) \_\_\_\_\_ Newsletter:  ja  nein

Datum/Unterschrift \_\_\_\_\_

Linde Verlag Ges.m.b.H.  
Scheydgasse 24  
PF 351, 1210 Wien  
Tel: 01 24 630-0  
Bestellen Sie online unter  
[www.lindeverlag.at](http://www.lindeverlag.at)  
oder via E-Mail an  
[office@lindeverlag.at](mailto:office@lindeverlag.at)  
oder per Fax  
**01/24 630-53**

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

[www.lindeverlag.at](http://www.lindeverlag.at) • [office@lindeverlag.at](mailto:office@lindeverlag.at) • Fax: 01/24 630-53

**Linde**