

# Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von  
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

**GesRZ**

## **Georg Schima**

Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule

## **Michael Dobrowolski**

Say on Pay: Quo vadis, Hauptversammlung?

## **Susanne Kalss**

§ 9 Abs 1 EKEG bei Kredit der Mutter- an ihre Tochtergesellschaft?

## **Martin Frenzel**

Die GmbH als Rechtsträger einer Social Enterprise

## **Forum Europaeum on Company Groups**

Erleichterte Führung von grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen

## **Der praktische Fall**

Kein Bedarf mehr für die Wasserbrüller Privatstiftung

## **Aus der aktuellen OGH-Rechtsprechung**

Personen-/Kapitalgesellschaften, Unternehmens-/Privatstiftungsrecht

## **Unternehmensrecht aktuell**

Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz

Neueste EuGH-Judikatur

Veranstaltungsberichte



**Linde**

- Ab 1.1.2009 sei die Bankschuldverschreibung prospektpflichtig gewesen, die Bank habe aber keinen Prospekt veröffentlicht.
- Die beklagte Gesellschaft verfügt über keine Bankkonzession mehr.
- Durch die Zurücklegung der Bankkonzession ist das Wertpapier keine Bankschuldverschreibung mehr.
- Das Ergänzungskapital kann nicht mehr als Eigenmittel angerechnet werden, weil die Gesellschaft kein Kreditinstitut ist und daher keine Eigenmittelerfordernisse hat. Vor Zurücklegung einer Konzession sind sämtliche Bankgeschäfte abzuwickeln. Da das nicht erfolgt ist, sei der Klägerin ein Schaden zugefügt worden.  
Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren wie folgt:
- Das Wertpapier war nach damaliger Rechtslage nicht prospektpflichtig.
- Ein Grund für eine außerordentliche Kündigung liege nicht vor.
- Die Bankkonzession sei unter Einhaltung aller zu beachtenden Rechtsvorschriften zurückgelegt worden.
- Der Bankbetrieb wurde im Dezember 2009 veräußert.
- Durch die Veräußerung ist für die Klägerin kein Nachteil entstanden.

3. Das Verfahren wurde letztlich dadurch ausgelöst, dass in der E 5 Ob 4/14w die Frage, ob der Ausschluss eines außerordentlichen Kündigungsrechts zivilrechtlich zulässig sei, ausdrücklich offengelassen wurde. Dies vor allem deswegen, weil der OGH die Ansicht vertrat, dass das Schlagendwerden eines geradezu typischen Kapitalmarktrisikos keinen außerordentlichen Kündigungsgrund rechtfertigt. Damit blieb auch die Frage offen, ob ein anderer Sachverhalt allenfalls dazu führen könnte, dass ein außerordentliches Kündigungsrecht zulässig wäre. Dann wäre auch ein vertraglich vereinbarter Ausschluss einer außerordentlichen Kündigung im Rahmen der Emissionsbedingungen nicht zulässig. Das Bestehen einer außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit hätte aber dazu geführt, dass die unabdingbare Voraussetzung gem § 23 Abs 7 Z 1 BWG nicht erfüllbar gewesen wäre. Damit hätte das Ergänzungskapital seine Anrechenbarkeit auf die Eigenmittel verloren. Dies wurde in der E 5 Ob 4/14w verstärkt, indem der OGH festgehalten hat, dass für die Eigenmittelqualifikation des Ergänzungskapitals der vereinbarte Ausschluss auch des außerordentlichen Kündigungsrechts des Gläubigers unabdingbar sei. Der OGH hat sich in der nun vorliegenden Entscheidung vom 29.6.2015, 6 Ob 68/15s, der in der Lehre hM angeschlossen, dass aufgrund der entsprechenden Normen im BWG der Ausschluss eines außerordentlichen Kündigungsrechts zulässig ist.

Entscheidend erscheint mir auch die ganz klare Formulierung des OGH, dass jemand, der Ergänzungskapital zeichnet (unabhängig davon, ob dies als Eigenmittel angerechnet wird oder nicht), typische Kapitalmarktrisiken übernimmt und keine wie immer geartete Möglichkeit hat, sich einem daraus resultierenden teilweisen und vollständigen Verlust seines Kapitals zu entziehen, weil er aus insolvenzrechtlicher Sicht nachrangig gestellt ist. Die Rücklegung der Bankkonzession änderte nichts an der Tatsache, dass es sich um Ergänzungskapital handelt, gleichgültig welches Geschäft die Gesellschaft betreibt. Ob ein Ergänzungskapital als Eigenmittel anrechenbar ist und ob es zu einer tatsächlichen Anrechnung als Eigenmittel erfolgt, ist eine reine Ordnungsnorm des BWG und ohne Bedeutung für die Stellung als nachrangiger Gläubiger. Die idR höheren Zinsen für das Ergänzungskapital im Vergleich zu einer nicht nachrangigen Anleihe werden für die Zurverfügungstellung von nachrangigem Kapital und nicht für dessen Anrechnungsfähigkeit als Eigenmittel bezahlt.

Ich interpretiere die vorliegende Entscheidung so, dass bei jeder Form von Ergänzungskapital aufgrund dessen Nachrangigkeit ein Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts zulässig ist.

Leo W. Chini

Prof. Mag. Dr. Leo W. Chini ist mehrfacher Aufsichtsrat, Unternehmer und Honorarprofessor am Institut für KMU-Management sowie Leiter des Forschungsinstitutes für Freie Berufe an der WU Wien.

## Privatstiftung

### Zur Eintragung von Änderungen der Stiftungszusatzurkunde

§ 9 Abs 2 Z 9 und 13, § 10 Abs 2 Satz 1, § 13 Abs 3 und § 33 Abs 3 PSG

**1. Wird die Stiftungszusatzurkunde vorgelegt, so hat das Firmenbuchgericht diese in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen. Diese Prüfung hat in die Entscheidung über die beantragte Änderung der Stiftungszusatzurkunde einzufließen. Die Eintragung gesetzwidriger oder sonst unzulässiger geänderter Bestimmungen der Stiftungszusatzurkunde hat das Firmenbuchgericht abzulehnen.**

**2. Firmenbucheintragungen von Änderungen der Stiftungszusatzurkunde wirken konstitutiv.**

**3. Ein Zustimmungsrecht des Stifters oder eines Beirats zu einem Rechtsgeschäft „von Bedeutung“ jeder Art für die Privatstiftung, dessen Abschluss der Vorstand beabsichtigt, ist ebenso gesetzwidrig wie deren Vetorecht bei derartigen Entscheidungen.**

OGH 29.6.2015, 6 Ob 95/15m (OLG Linz 6 R 37/15a; LG Salzburg 45 Fr 5138/14i)

Im Firmenbuch des Erstgerichts ist die von der natürlichen Person M. P. errichtete P. Privatstiftung eingetragen. Die Stifterin gehört bis zu ihrem Ableben zu den Begünstigten. Nach § 6a der Stiftungsurkunde ist die Stifterin berechtigt, aber nicht verpflichtet, einen Beirat einzurichten, dessen Aufgabe die Beratung des Stiftungsvorstands sowie die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands ist.

Mit Beschluss vom 17.6.2014 fasste die Stifterin die Stiftungsurkunde durchgreifend neu; § 6a Abs 1 der Stiftungsurkunde wurde neu gefasst und § 6a auch um einen Abs 4 ergänzt. Diese Änderungen lauten wie folgt:

„§ 6a. Beirat

(1) Die Stifterin ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, einen Beirat einzurichten, dessen Aufgaben die Beratung und Kontrolle der Tätigkeit des Stiftungsvorstands, die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands und die Überwachung der Wahrung des Stiftungszwecks ist.

...

(4) Zu Lebzeiten der Stifterin und während ihrer Geschäftsfähigkeit kann diese die Auflösung des Beirats beschließen. Nach dem Tod der Stifterin oder dem Verlust ihrer Geschäftsfähigkeit kann der Beirat selbst einstimmig seine Auflösung beschließen.“

Mit weiterem Beschluss vom 17.6.2014 änderte die Stifterin die Stiftungszusatzurkunde durchgreifend neu, sodass deren § 5 Abs 1 und 2 sowie § 6 Abs 1 bis 3 wie folgt lauten:

„§ 5. Geschäftsordnung des Stiftungsvorstands

(1) Zu Lebzeiten der Stifterin und solange diese geschäftsfähig ist und kein Beirat bestellt ist, kann diese eine Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand erlassen. Für den Fall, dass ein Beirat bestellt worden ist, obliegt diesem die Erlassung einer Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand. In einer Geschäftsordnung kann vorgesehen werden, dass der Stiftungsvorstand vor dem Abschluss von Rechtsgeschäften, die für die Privatstiftung von Bedeutung sind, die Zustimmung der Stifterin oder des Beirats einzuholen hat. Weiters kann vorgesehen werden, dass der Stifterin oder dem Beirat bei derartigen Entscheidungen ein Vetorecht zusteht.

Der Stiftungsvorstand ist befugt, sich selbst eine Geschäftsordnung zu geben, wenn die Stifterin nicht mehr am Leben oder geschäftsfähig ist und kein Beirat eingerichtet ist.

(2) Sitzungen des Stiftungsvorstands können in angemessener Frist von jedem Mitglied des Stiftungsvorstands einberufen werden. Die Einladung zu Vorstandssitzungen hat 14 Tage, in dringenden Fällen mindestens 24 Stunden vor Sitzungsbeginn unter gleichzeitiger schriftlicher Bekanntgabe der Tagesordnung und Übermittlung der notwendigen Sitzungsunter-

lagen zu erfolgen. Sofern dies der Stiftungsvorstand mit einfacher Mehrheit beschließt, können auch andere Personen an Sitzungen des Stiftungsvorstands teilnehmen. Unbenommen davon sind die Stifterin, ein von ihr bevollmächtigter Vertreter, und die Mitglieder eines allenfalls errichteten Beirats der Privatstiftung befugt, an den Sitzungen des Stiftungsvorstands teilzunehmen. Zu diesem Zweck sind dem Beirat und der Stifterin entsprechende Einladungen zu den Vorstandssitzungen zu übermitteln.

#### § 6. Vergütung des Stiftungsvorstandes und des Beirates

(1) Die Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Beirats haben für ihre Tätigkeit Anspruch auf eine angemessene Vergütung, die im Einklang mit ihren Aufgaben und der Lage der Privatstiftung zu stehen hat. Die Vergütung ist angemessen, sofern diese für den gesamten Vorstand und Beirat nicht höher ist als 2 Promille des aktuellen Werts (Kurswert etc) des Stiftungsvermögens im Jahr, und zwar berechnet vom jeweiligen Vermögenswert zu Beginn des Jahres.

(2) Der Vorstand und der Beirat der Stiftung haben im Rahmen der Festlegung nach Abs 1 der Stifterin einen Vorschlag für die Vergütung der Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Beirats zu unterbreiten, wobei die Höhe der Vergütungen unterschiedlich sein kann. Nach Zustimmung durch die Stifterin ist die Festlegung verbindlich und unterliegt keiner Anfechtung im Rechtsweg.

Nach dem Ableben der Stifterin wird die Höhe der Vergütungen über Vorschlag des Stiftungsvorstands und des Beirats vom Gericht bestimmt.

(3) Mit der Höhe der Vergütungen gemäß Abs 2 sind alle Leistungen, die die Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Beirats in diesen Funktionen erbringen, abgegolten. Allfällige darauf lastende Steuern (Einkommensteuer etc) haben die Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Beirats selbst zu tragen.“

Am 5.9.2014 erklärte der Stiftungsvorstand unter Vorlage eines Notariatsakts vom 17.6.2014, einer Spezialvollmacht der Stifterin vom 11.6.2014 und eines Schreibens seines Rechtsvertreters – pflichtgemäß – folgende Eintragungen in das Firmenbuch zu beantragen:

„Stiftungsurkunde vom 29.5.1998 mit Notariatsakt vom 17.6.2014 durchgreifend geändert.

Stiftungszusatzurkunde vom 12.6.1998 mit Notariatsakt vom 17.6.2014 durchgreifend geändert.“

In seiner Äußerung vom 24.11.2014 beantragte der Stiftungsvorstand, die Änderungen der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde nicht einzutragen.

- ▶ Das Erstgericht bewilligte die Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde und sprach aus, der Vollzug seines Beschlusses erfolge nach Rechtskraft.
- ▶ Das von den Vorstandsmitgliedern angerufene Rekursgericht gab dem Rekurs der Stiftungsvorstandsmitglieder nicht Folge.
- ▶ Der OGH gab dem Revisionsrekurs der drei Stiftungsvorstandsmitglieder Folge und wies den Eintragungsantrag ab.

#### Aus der Begründung des OGH:

Die Rechtsmittelwerber meinen, bei den Regelungen gem § 5 der Stiftungszusatzurkunde handle es sich um Regelungen über die innere Ordnung von kollegialen Stiftungsorganen gem § 9 Abs 2 Z 13 PSG, bei den Regelungen betreffend die Vergütung des Stiftungsvorstands gem § 6 der Stiftungszusatzurkunde handle es sich um solche nach § 9 Abs 2 Z 9 PSG; diese Materien seien daher zulässigerweise in der Stiftungszusatzurkunde geregelt (§ 10 Abs 2 Satz 1 PSG). Nach richtiger Auffassung sei auch die Eintragung von Änderungen der Stiftungszusatzurkunde konstitutiv. Gerade das immer wieder apostrophierte Kontrolldefizit bei Stiftungen gebiete es, eine materielle Prüfung (auch) der Stiftungszusatzurkunde (sofern dem Firmenbuch vorgelegt) und damit die konstitutive Wirkung der Eintragung der Änderung der Stiftungszusatzurkunde vorzusehen. Andernfalls müsste (im vorliegenden Fall) der Stiftungsvorstand gegen jede einzelne dem PSG

widersprechende Maßnahme, die sich auf die geänderte Stiftungszusatzurkunde beziehe, gerichtlich vorgehen, und zwar idR mit Feststellungsklage (etwa dahin gehend, dass die Ausübung des Vetorechts der Stifterin rechtswidrig gewesen sei und daher den Vorstand nicht binde). § 5 Abs 1 der geänderten Stiftungszusatzurkunde sei rechtswidrig, weil nicht determiniert sei, was ein Rechtsgeschäft „von Bedeutung“ sei und dies im Ergebnis auf ein generelles Vetorecht der Stifterin hinauslaufe, was jedenfalls unzulässig sei, weil dadurch der Vorstand zum bloßen Vollzugsorgan degradiert werde. Auch die Befugnis der Stifterin oder des Beirats, an den Sitzungen des Stiftungsvorstands teilzunehmen, sei ein unzulässiger Eingriff in dessen Unabhängigkeit. Die Vergütungsregelung des § 6 der Stiftungszusatzurkunde sei ein weiterer Versuch der Entmachtung des Stiftungsvorstands. Dass die von der Stifterin gebilligte Vergütung keiner Anfechtung im Rechtsweg unterliege, sei ein sittenwidriges „*pactum de non petendo*“.

Hierzu wurde erwogen:

#### 1. Rechtsmittellegitimation

Der Stiftungsvorstand ist im vorliegenden Fall der Eintragung von Änderungen der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde rechtsmittellegitimiert, selbst wenn er sich wegen Bedenken gegen die bewilligte Eintragung dieser Änderungen wendet (RIS-Justiz RS0120927 [T3]).

#### 2. Wirkung der Eintragung von Änderungen der Stiftungszusatzurkunde

##### 2.1. Lehre

Csoklich (Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz [1994] 13 [29]), *K. Berger* (in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG [1995] § 33 Rz 37), *Linder* (Anmeldung des Widerrufs einer Privatstiftung oder der Änderung der Stiftungserklärung, *GesRZ* 2006, 11 [14 f]) und *Kalss* (in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht [2008] Rz 7/21) vertreten ohne nähere Begründung die Ansicht, die Eintragung der Änderung der Stiftungszusatzurkunde sei bloß deklarativ.

*Geist* (Zur Änderung der Stiftungserklärung durch den Stifter nach Eintragung der Privatstiftung (Teil II), *GesRZ* 1998, 151 [152 f]) und *Keller* (Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht [2006] 82 f) begründen die bloß deklarative Wirkung hauptsächlich mit dem Wortlaut in § 33 Abs 3 Satz 1 PSG, es sei bei der Stiftungszusatzurkunde „die Tatsache der Änderung“ anzumelden. § 13 Abs 3 Z 3 PSG spreche von der Eintragung des Datums der Änderung der Stiftungszusatzurkunde. Dieses Datum beziehe sich auf das (vor der Firmenbucheintragung liegende) Wirksamwerden der Änderung.

Dagegen vertreten *Müller* (Änderung, Widerruf und Beendigung der Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz [1994] 267 [277]), *Bruckner/Fries/Fries* (Familienstiftung, 64), *Micheler* (in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG [1995] § 14 Rz 28) und *Arnold* (PSG<sup>3</sup> [2013] § 33 Rz 72) die Meinung, (auch) die Eintragung der Tatsache der Änderung der Stiftungszusatzurkunde wirke konstitutiv.

Besonders *Arnold* (aaO) hat sich ausführlich mit dieser Frage beschäftigt und führt aus, der Wortlaut in § 33 Abs 3 Satz 2 PSG, wonach die Änderung mit der Eintragung wirksam werde, differenziere nicht zwischen Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde. Auch die Materialien sprächen von „Änderungen“ in der Mehrzahl. Der bloße Umstand, dass bei der Stiftungszusatzurkunde lediglich die „Tatsache der Änderung“ anzumelden sei, könne keine abweichende Beurteilung tragen. Der Hintergrund dieser vom Gesetzgeber gewählten Formulierung liege darin begründet, dass bei Änderungen der Stiftungszusatzurkunde der Änderungsbeschluss dem Firmenbuch nicht vorzulegen sei und die Stiftungszusatzurkunde keinerlei Regelungen enthalten dürfe, die zu einer Eintragung in das Firmenbuch führen würden. Eine Änderung der Stiftungszusatzurkunde führe daher auch regelmäßig nur zur Eintragung der „Tatsache der Änderung“, nicht jedoch zu sonstigen Eintragungen. Bei bloß deklarativer Wirkung der Eintragung von Änderungen der Stiftungszusatzurkunde würden außerdem Umgehungen Tür und Tor geöffnet. Einem Stifter würde es dadurch ermöglicht, Änderungen der Stiftungszusatzurkunde (die solcherart aber auch ohne Eintragung der Tatsache der Änderung in das Firmenbuch bereits Wirksamkeit erlangen würden) zurückzuhalten. Eine Kontrolle des aktuellen Stands der Stiftungszusatzurkunde wäre weder dem Stiftungsvorstand noch Dritten (etwa im Zuge einer freiwilligen Offenlegung im Rahmen von Vertragsverhandlungen, Begünstigten bei Offenlegung nach § 30 Abs 1 PSG oder dem Gericht (etwa auch im Zuge eines Auskunftsanspruchs von Begünstigten nach § 30 Abs 2 PSG oder einer Sonderprüfung nach § 31 PSG) möglich.

### 2.2. Rechtsprechung

In der E 7 Ob 53/02y (= RIS-Justiz RS0116352) vertrat der OGH die Ansicht, die Eintragung der Stiftungszusatzurkunde wirke bloß deklarativ. Der Gesetzgeber habe es hinsichtlich der Stiftungszusatzurkunde ausdrücklich beim Eintragungserfordernis des Datums derselben bewenden lassen (§ 13 Abs 3 Z 3 PSG) und in § 7 Abs 1 PSG ausschließlich der auf die Stiftungserklärung fußenden, nicht jedoch auch der durch eine (bloße) Zusatzurkunde ergänzten (erweiterten, abgeänderten) Privatstiftungseintragung konstitutive Wirkung zuerkannt.

Die E 6 Ob 18/07a spricht ohne weitere Ausführungen davon, dass die Eintragung von Änderungen der Stiftungserklärung (die nach § 10 Abs 1 PSG auch die Stiftungszusatzurkunde umfasst) konstitutiv sei.

Die E 6 Ob 255/08f ließ die Frage ausdrücklich offen.

### 2.3. Ergebnis

Der erkennende Senat schließt sich den überzeugenden Ausführungen von *Arnold* (aaO) an, wonach auch die Firmenbucheintragung von Änderungen der Stiftungszusatzurkunde konstitutiv wirkt. Der Begründung der E 7 Ob 53/02y wird nicht beigetreten: Nach § 13 Abs 3 Z 2 PSG wird auch bei der Stiftungsurkunde nur das Datum eingetragen. Bei dieser ist aber völlig unbestritten, dass die Eintragung von Änderungen konstitutiv wirkt. Überdies setzt sich die E 7 Ob 53/02y nicht mit der hier einschlägigen Bestimmung des § 33 Abs 3 Satz 2 PSG auseinander, die – wie schon ausgeführt – nicht zwischen Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde unterscheidet.

## 3. Kompetenz des Firmenbuchgerichts zur Prüfung der Stiftungszusatzurkunde

3.1. Nach § 10 Abs 2 Satz 2 PSG ist die Stiftungszusatzurkunde dem Firmenbuchgericht nicht vorzulegen. Dies bedeutet, dass zwar keine Pflicht zur Vorlage der Stiftungszusatzurkunde besteht, es bedeutet aber kein Verbot der Vorlage der Stiftungszusatzurkunde an das Firmenbuchgericht. Eine Privatstiftung kann also freiwillig die Stiftungszusatzurkunde dem Firmenbuchgericht vorlegen. Dies wird etwa – wie der vorliegende Fall zeigt – dann sinnvoll sein, wenn Bedenken gegen die Zulässigkeit bzw Wirksamkeit einzelner Bestimmungen der Zusatzurkunde bestehen. Die Firmenbucheintragung auch der Änderung der Stiftungszusatzurkunde ist zwar notwendige (vgl oben Pkt 2.), aber nicht hinreichende Bedingung für die Wirksamkeit dieser Änderung (vgl zur Stiftungsurkunde 6 Ob 157/12z = RIS-Justiz RS0123556 [T6]; 6 Ob 140/14b). Die materiell-rechtliche Gültigkeit der Stiftungszusatzurkunde bzw der späteren Änderungen stellt daher eine Vorfrage dar, deren Lösung sich nicht schon durch die Eintragung in das Firmenbuch erübrigt (vgl zur Stiftungsurkunde 6 Ob 157/12z = RIS-Justiz RS0123556 [T7]; 6 Ob 140/14b). Werden also im Hinblick auf ihre Rechtswirksamkeit zweifelhafte Änderungen einer Stiftungszusatzurkunde ohne Vorlage derselben beim Firmenbuchgericht ungeprüft eingetragen, besteht Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit der betreffenden Bestimmungen der Stiftungszusatzurkunde. Eine Prüfkompetenz des Firmenbuchgerichts im Fall der freiwilligen Vorlage der Stiftungszusatzurkunde ist daher – ungeachtet der mangelnden Bindungswirkung für nachfolgende Verfahren (6 Ob 157/12z) – geeignet, zur Erhöhung der Rechtssicherheit über die Wirksamkeit geänderter Klauseln der Stiftungszusatzurkunde beizutragen und unter Umständen kostspielige Folgeprozesse (Feststellungsklagen, Schadenersatzklagen, Verfahren zur Abberufung oder Bestellung von Vorstandsmitgliedern uam) zu vermeiden.

3.2. Im GmbH-Recht ist anerkannt, dass bei einem Gesellschafterwechsel aufgrund eines Abtretungsvertrages derselbe (Notariatsakt gem § 76 Abs 2 Satz 1 GmbHG) im Zuge der vereinfachten Anmeldung durch den Geschäftsführer gem § 11 FBG grundsätzlich nicht vorgelegt werden muss (6 Ob 2371/96m; 6 Ob 342/97f; 6 Ob 57/01b; 6 Ob 111/01v; 6 Ob 149/03k; RIS-Justiz RS0107904 [T3, T4]). Wird aber der Abtretungsvertrag freiwillig oder deswegen vorgelegt, weil das Firmenbuchgericht wegen Bedenken die Vorlage des Abtretungsvertrages aufgetragen hat, hat das Firmenbuchgericht auch den Abtretungsvertrag in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen (§ 16 AußStrG iVm § 15 Abs 1 FBG; 6 Ob 2371/96m; 6 Ob 342/97f; 6 Ob 57/01b; 6 Ob 111/01v; RIS-Justiz RS0107904 [T1, T3]). Ergibt diese Prüfung einen Mangel, der der Wirksamkeit der Abtretung entgegensteht, hat das Gericht entweder auf die Verbesserung dieses Mangels zu dringen oder mangels Verbesserung oder bei einem nicht verbesserungsfähigen Mangel die Eintragung des Gesellschafterwechsels abzulehnen.

3.3. In Anlehnung an diese Rechtslage im GmbH-Recht und aus den Erwägungen unter Pkt 3.1. gelangt der erkennende Senat daher zur Auffassung, dass im Fall, dass die Stiftungszusatzurkunde vorgelegt wird, auch diese in formeller und

materieller Hinsicht vom Firmenbuchgericht zu prüfen ist und diese Prüfung in die Entscheidung über die beantragte Eintragung der Änderung der Stiftungszusatzurkunde einzufließen hat. Sind daher die geänderten Bestimmungen der Stiftungszusatzurkunde gesetzwidrig oder sonst unzulässig, hat das Firmenbuchgericht die Eintragung der Änderung der Stiftungszusatzurkunde abzulehnen.

3.4. Ergänzend ist anzumerken, dass für die Eintragung von Änderungen der Stiftungszusatzurkunde dann, wenn diese Änderungen – wie hier – ausnahmsweise formell und materiell vom Firmenbuchgericht geprüft werden, abweichend vom Gesetzeswortlaut des § 22 Abs 2 Z 2 lit a RpfLG der Richter und nicht der Diplomrechtspfleger zuständig ist. Nach dieser Bestimmung ist bei Privatstiftungen der Richter zwar bei Änderungen der Stiftungsurkunde, nicht aber der Stiftungszusatzurkunde für die Eintragung zuständig. Nach der Generalklausel des § 22 Abs 1 RpfLG, wonach der Wirkungskreis des Diplomrechtspflegers in Sachen des Firmenbuchs alle mit seiner Führung zusammenhängenden Geschäfte umfasst, ist grundsätzlich der Diplomrechtspfleger für die Eintragung von Änderungen der (in § 22 Abs 2 RpfLG nicht genannten) Stiftungszusatzurkunde zuständig. Dabei hatte der Gesetzgeber aber den Normalfall vor Augen, dass die Stiftungszusatzurkunde dem Firmenbuchgericht nicht vorgelegt wird (§ 10 Abs 2 Satz 2 PSG) und daher eine formelle und materielle Prüfung der Änderungen der Stiftungszusatzurkunde entfällt. Die Möglichkeit der inhaltlichen Prüfung von Änderungen der Stiftungszusatzurkunde hat der Gesetzgeber ersichtlich nicht bedacht. Der vorliegende Fall zeigt, dass die inhaltliche materielle Prüfung von Änderungen der Stiftungszusatzurkunde genau dieselben mitunter schwierigen Rechtsfragen aufwirft wie die Prüfung von Änderungen der Stiftungsurkunde. In diesem vorliegenden Ausnahmefall der inhaltlichen materiellen Prüfung von Änderungen der Stiftungszusatzurkunde ist daher von einer planwidrigen Lücke in § 22 Abs 2 RpfLG auszugehen, weshalb in diesem Fall die analoge Anwendung der Regelung über die Eintragung von Änderungen der Stiftungsurkunde auf die Eintragung von Änderungen der Stiftungszusatzurkunde geboten und daher der Richter zuständig ist.

#### 4. Anwendung von Punkt 3. auf die konkreten Änderungen der Stiftungszusatzurkunde

##### 4.1. § 5 der Stiftungszusatzurkunde

4.1.1. Entgegen der Auffassung der Rechtsmittelwerber enthält § 5 der Stiftungszusatzurkunde laut Änderungsbeschluss vom 17.6.2014 nicht (bloß) Normen über die innere Ordnung des Stiftungsvorstands (vgl § 9 Abs 2 Z 13 PSG). Die Bestimmung enthält vielmehr (weitere) Kompetenzregelungen betreffend die Stifterin, die mit den ihr (auch in der Zusatzurkunde) eingeräumten Rechten (Einfluss auf die Willensbildung und die Leitung sowie Überwachung des Stiftungsvorstands) auch Stiftungsorgan ist (vgl 6 Ob 239/08b = RIS-Justiz RS0117121 [T2, T3]), und den Beirat, dessen Organeigenschaft schon in der E 6 Ob 42/13i bejaht wurde. Kompetenzen (Aufgaben) von Stiftungsorganen betreffen deren „Einrichtung“ (6 Ob 305/01y; 6 Ob 291/02s); Kompetenzregelungen betreffend Stiftungsorgane fallen daher unter § 9 Abs 2 Z 4 PSG und hätten daher gem § 10 Abs 2 Satz 1 PSG in der Stif-

tungsurkunde geregelt werden müssen. Die Regelung in der Stiftungszusatzurkunde ist daher schon aus diesem Grund unwirksam.

4.1.2. Davon abgesehen wären die Regelungen des § 5 der Zusatzurkunde laut Änderungsbeschluss vom 17.6.2014 auch inhaltlich gesetzwidrig, sodass sie auch in der Stiftungsurkunde nicht wirksam wären. Da nach § 5 der geänderten Stiftungszusatzurkunde jedes Rechtsgeschäft, das der Vorstand beabsichtigt, für die Stiftung „von Bedeutung“ (es ist nicht von „erheblicher“ oder „großer“ oder „eminenter“ Bedeutung die Rede, es genügt nach dem Wortlaut daher auch eine völlig untergeordnete „Bedeutung“) wäre, könnte die Stifterin bzw der Beirat durch entsprechende Gestaltung der Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand jedes vom Vorstand beabsichtigte Rechtsgeschäft durch das Zustimmungs- oder Vetorecht verhindern. Der Vorstand würde dadurch zum bloßen Vollzugsorgan der Wünsche der Stifterin oder des an ihrem „Gängelband“ hängenden Beirats (vgl 6 Ob 42/13i). Dies ist aber nach einhelliger Rspr und Lehre nicht zulässig (6 Ob 60/01v; 6 Ob 49/07k; 6 Ob 195/10k; 6 Ob 139/13d, jeweils mwN; RIS-Justiz RS0123560; Arnold, PSG<sup>3</sup>, § 14 Rz 30 mwN aus Lehre und Rspr), zumal hier die Stifterin Begünstigte der Stiftung und schon deshalb von der Gestion des Stiftungsvorstands fernzuhalten ist (vgl § 15 Abs 2 bis 3a PSG).

4.2. Entgegen der Auffassung der Rechtsmittelwerber bestünden gegen § 6 der geänderten Stiftungszusatzurkunde keine Bedenken: Arnold (PSG<sup>3</sup>, § 19 Rz 7) weist zutreffend darauf hin, dass die Vergütungsregel des § 19 Abs 1 PSG abdingbar ist („Soweit in der Stiftungserklärung nichts anderes vorgesehen ist, ...“). Die Stiftungserklärung könne auch die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Stiftungsvorstands vorsehen.

5.1. Der Grundsatz der Einheitlichkeit des Firmenbuchgesuchs besagt, dass das Gericht einem Antrag nur entweder zur Gänze stattgeben oder ihn zur Gänze abweisen kann. Von diesem Grundsatz macht die Rspr für den Fall eine Ausnahme, dass nur einem Teil der begehrten Eintragung Hindernisse entgegenstehen und die einzelnen Eintragungstatbestände ein getrenntes rechtliches Schicksal haben können. Diesfalls ist ein Verbesserungsauftrag zu erteilen und der Einschreiter zur Klarstellung aufzufordern, ob auch eine nur teilweise Eintragung begehrt wird; diesfalls hat das Gericht nur mit einer Teilabweisung vorzugehen (vgl dazu 6 Ob 224/07w; G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG, § 16 Rz 18 mwN).

5.2. Der Grundsatz der Einheitlichkeit des Firmenbuchgesuchs erfasst im vorliegenden Fall auch den nicht angefochtenen Teil (sämtliche Änderungen der Stiftungsurkunde und die übrigen Änderungen der Stiftungszusatzurkunde), der insoweit nicht in Teilrechtskraft erwachsen konnte. Ein Verbesserungsverfahren dahin gehend, die Stifterin zu befragen, ob sie mit einer Teileintragung der unbedenklichen Änderungen der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde samt Teilabweisung der gesetzwidrigen Änderungen einverstanden ist oder eine Gesamtabweisung will, ist hier aus folgendem Grund entbehrlich: Da die nur teilweise bewilligte begehrte Änderung (zumindest) der Stiftungszusatzurkunde von entsprechenden Willenserklärungen der Stifterin in der notwendigen Form (§ 39 Abs 1 PSG) nicht gedeckt wäre, müsste sie erst einen neuen Willensakt im Umfang der unbe-

denklichen Änderungen in der vorgeschriebenen Form setzen. Wenn aber feststeht, dass Urkunden erst errichtet werden müssen, ist kein Verbesserungsverfahren durchzuführen (G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG, § 17 Rz 22). Wegen der Gesetzwidrigkeit des § 5 der geänderten Stiftungszusatzurkunde war daher das gesamte Eintragungsbegehren abzuweisen.

#### Anmerkung:

1. Die vorliegende OGH-Entscheidung enthält wichtige Aussagen zur Stiftungszusatzurkunde, denen zu folgen ist und die Anlass für weitere Überlegungen zur Stiftungszusatzurkunde sind (siehe Pkt 2.1. bis 2.5.), sowie Aussagen zu Regelungen über Stiftungsorgane in der Stiftungszusatzurkunde, welche zum Teil in Widerspruch zur bisherigen Rspr stehen und nach Auffassung des Autors zu weit gehen (siehe Pkt 3.1. bis 3.5.).

2.1. Zur Stiftungszusatzurkunde folgt der OGH zunächst der Ansicht von N. Arnold (PSG<sup>3</sup> [2013] § 33 Rz 72), wonach der Eintragung der Änderung der Stiftungszusatzurkunde im Firmenbuch konstitutive Wirkung zukommt (Pkt 2. der Begründung). Damit ist eine bisher in der Rspr und Literatur uneinheitlich beantwortete Frage geklärt. Zusätzlich hat der OGH entschieden, dass das Firmenbuchgericht in jenem Fall, dass die Stiftungszusatzurkunde dem Firmenbuch vorgelegt wird, diese in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen hat (Pkt 3. der Begründung).

2.2. Beiden Aussagen ist zuzustimmen. Zunächst ist der höchstgerichtlichen Rechtsansicht, dass der Eintragung der Stiftungszusatzurkunde in das Firmenbuch konstitutive Bedeutung zukommt, zuzustimmen. Damit besteht Rechtssicherheit, wann im Falle der Änderung der Stiftungszusatzurkunde diese Änderung rechtswirksam wird (zu den Einschränkungen siehe sogleich).

Die Stiftungszusatzurkunde wird – abgesehen von Fällen der Sonderprüfung – dem Firmenbuch ohnehin nur vorgelegt, wenn der Stiftungsvorstand – wie im vorliegenden Fall – Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einzelner Regelungen hat. In diesem Fall ist es richtig und aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit zu begrüßen, wenn das Firmenbuch die Stiftungszusatzurkunde in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen hat. Wie jedoch die Entscheidung vom 19.11.2014, 6 Ob 140/14b, zuletzt eindrücklich gezeigt hat, führt auch die Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde (und nunmehr der Stiftungszusatzurkunde) nach Prüfung durch das Firmenbuchgericht mitunter nur zu einer Scheinsicherheit. Unwirksame Bestimmungen der Stiftungserklärung werden durch die Eintragung in das Firmenbuch nicht geheilt. Oder, wie der OGH in der E 6 Ob 140/14b formuliert: „Die Eintragung ist jedoch stets nur notwendige, nicht auch hinreichende Bedingung für die Wirksamkeit einer Änderung der Stiftungsurkunde (6 Ob 157/12z). Zwar kann eine Änderung der Stiftungsurkunde ohne Eintragung in das Firmenbuch keine Wirksamkeit entfalten; dies bedeutet jedoch nicht, dass jede eingetragene Änderung damit automatisch auch materiell-rechtlich wirksam wäre (6 Ob 157/12z). Dazu gehört etwa der Fall, dass der Stifter geschäftsunfähig ist (6 Ob 157/12z) oder die Stiftungserklärung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (6 Ob 180/04w, SZ 2004/177; 6 Ob 157/12z).“ Dritte sind zwar nach Maßgabe des – im Privatstiftungsrecht analog anzuwendenden – § 73 Abs 4 AktG und nach Maßgabe des firmenbuchrechtlichen Vertrauensschutzes gem § 15 UGB geschützt, doch trifft dies für Vorstandsmitglieder nicht zu. Für diese (und wohl auch für Stifter und Begünstigte) kommen Gutgläubenserwägungen nicht in Betracht (OGH 19.11.2014, 6 Ob 140/14b). Wenngleich sich ein Vorstand idR auf das gesetzeskonforme Vorgehen des Firmenbuchgerichts und die Ordnungsgemäßheit der Prüfung durch das Firmenbuchgericht verlassen kann, gilt dies nach Auffassung des OGH in der E 6 Ob 140/14b nicht unter allen Umständen: „Hier ist insbesondere an Sonderwissen des Vorstands oder einzelner Vorstandsmitglieder zu denken, das Tatsachen betrifft, die die Unzulässigkeit der eingetragenen Änderung der Stiftungsurkunde oder etwa die Geschäfts-

unfähigkeit des Stifters begründen.“ Worin dieses Sonderwissen liegen soll, welches der Vorstand hatte, das Firmenbuch jedoch nicht (*in casu* ging es um eine Verkürzung der Funktionsperiode durch eine Änderung der Stiftungsurkunde), lässt sich der vorgenannten OGH-Entscheidung nicht entnehmen (der Autor war aufseiten der antragstellenden Privatstiftung Beteiligter in diesem Verfahren). Fakt bleibt, dass auch eine Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde und -zusatzurkunde (bei Vorlage der Stiftungsurkunde und -zusatzurkunde) keine Gewähr für die Wirksamkeit der Regelungen der Stiftungserklärung bietet. Eine Feststellungsklage auf Unwirksamkeit der Regelung kann jederzeit erhoben werden. Die einzige Möglichkeit, die Wirksamkeit einer Regelung im Außerstreitverfahren endgültig zu klären, ist der Antrag nach § 21 Abs 4 PSG bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Stiftungsprüfer und anderen Stiftungsorganen über die Auslegung und Anwendung der Stiftungserklärung (siehe dazu OGH 27.2.2013, 6 Ob 135/12i). Meinungsverschiedenheiten zwischen anderen Stiftungsorganen als dem Stiftungsprüfer (zB zwischen dem Stiftungsvorstand und dem Stifter, wenn dieser Organ idSd PSG ist) berechtigten hingegen nicht zur Antragstellung nach § 21 Abs 4 PSG.

2.3. Eine andere Frage ist, wann und unter welchen Voraussetzungen der Stiftungsvorstand zur Vorlage der Stiftungszusatzurkunde an das Firmenbuch berechtigt ist. Obgleich eine ausdrückliche Regelung über die Verschwiegenheitsverpflichtung im PSG fehlt, entspricht es hM, dass auch Vorstandsmitglieder einer Verschwiegenheitsverpflichtung über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unterliegen (siehe nur N. Arnold, PSG<sup>3</sup>, § 17 Rz 86; OGH 8.5.2013, 6 Ob 20/13d – jeweils mwN). Unter Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sind alle nach dem Willen des „Geschäftsinhabers“ geheim zu haltenden stiftungsbezogenen Tatsachen zu verstehen, an deren Nichtoffenbarung der Geschäftsinhaber ein schutzwürdiges Interesse hat (vgl N. Arnold, PSG<sup>3</sup>, § 17 Rz 86). Jedenfalls Berechtigter aus dem Geheimnisschutz ist die Privatstiftung. ME ist jedoch zu erwägen, auch den Stiftern und den Begünstigten selbst einen Anspruch auf Einhaltung der Verschwiegenheitsverpflichtung einzuräumen. Der Stifter oder die Begünstigten haben regelmäßig ein schutzwürdiges Interesse daran, dass die vertraulichen Regelungen der Stiftungszusatzurkunde (insb die Regelungen über die Begünstigten und Letztbegünstigten und die Höhe der Zuwendungen) Dritten nicht offenbart werden. Unabhängig davon, ob man auch den Stiftern und den Begünstigten einen Anspruch auf Einhaltung der Verschwiegenheitsverpflichtung einräumt, muss für die Offenlegung der Stiftungszusatzurkunde an das Firmenbuch ein sachlicher Grund vorliegen. Ein derartiger sachlicher Grund kann – wie im vorliegenden Fall – darin bestehen, dass zwischen dem Stiftungsvorstand und dem Stifter über die Zulässigkeit einzelner Regelungen der Stiftungszusatzurkunde keine Einigung erzielt werden kann. Aufgrund seiner Prüfungspflicht ist der Stiftungsvorstand verpflichtet, dem Gericht allfällige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Stiftungszusatzurkunde darzulegen (siehe zB OGH 28.8.2014, 6 Ob 98/14a). Zur Darlegung derartiger Bedenken kann es erforderlich sein, dass die Stiftungszusatzurkunde ganz oder teilweise dem Firmenbuch vorgelegt wird. Ein weiteres Beispiel für die Vorlage der Stiftungszusatzurkunde ist der Fall, dass eine nach § 15 Abs 2, 3 oder 3a PSG ausgeschlossene Person zum Vorstandsmitglied bestellt wurde. In diesem Fall wird jedoch regelmäßig die Vorlage eines Auszugs der Stiftungszusatzurkunde ausreichen. Insgesamt ist festzuhalten, dass der Stiftungsvorstand im Hinblick auf seine Geheimhaltungsverpflichtung nur im unbedingt erforderlichen Umfang zur Vorlage der Stiftungszusatzurkunde an das Firmenbuch berechtigt ist. Ein allfälliges Verbot in der Stiftungserklärung zur Offenlegung der Stiftungszusatzurkunde ändert an diesem Recht des Stiftungsvorstands nichts.

2.4. Die Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde setzt nach § 9 Abs 2 Z 7 PSG die Angabe in der Stiftungsurkunde voraus, dass eine Stiftungszusatzurkunde errichtet ist oder werden kann. Dieser Vorbehalt kann auch nachträglich, nach Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch, aufgenommen werden (siehe N. Arnold, PSG<sup>3</sup>, § 9 Rz 22). IdR wird die Stiftungszusatzurkunde unmittelbar nach

Errichtung der Stiftungsurkunde im Zuge der Gründung der Stiftung errichtet. Mitunter erfolgt jedoch die Errichtung der Stiftungszusatzurkunde erst einige Zeit nach der Errichtung der Stiftung. Enthält die Stiftungsurkunde keine gegenteilige Regelung iSd § 3 Abs 2 PSG, so ist die Stiftungszusatzurkunde „von allen Stiftern gemeinsam“ zu errichten. Verstirbt zB einer der Stifter vor der Errichtung der Stiftungszusatzurkunde, scheidet demgemäß die Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde aus. Zulässig ist jedoch die stiftungsurkundliche Regelung iSd § 3 Abs 2 PSG, dass bestimmte Stifter (zB die Hauptstifter, ersatzweise die Nebenstifter) allein zur Errichtung der Stiftungszusatzurkunde berechtigt sind. Die Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde ist die Ausübung eines den Stiftern vorbehaltenen Rechts, weshalb § 3 Abs 2 PSG anwendbar ist (siehe N. Arnold, PSG<sup>3</sup>, § 3 Rz 40).

2.5. Insb bei älteren Stiftungen findet sich mitunter die Regelung, wonach Änderungen der Stiftungserklärung, die einen Begünstigten in seinen Rechten beeinträchtigen, dessen Zustimmung bedürfen, nur in der Stiftungszusatzurkunde. Nach § 9 Abs 2 Z 6 PSG sind derartige Regelungen jedoch in die Stiftungsurkunde aufzunehmen, andernfalls diese Regelungen unwirksam sind. Existiert noch ein änderungsberechtigter Stifter, besteht mE aufgrund der Treuepflicht ein Anspruch jedes Stifters (unter Umständen aber auch jedes Begünstigten, in dessen Interesse diese Einschränkung vorgenommen wurde) gegen den änderungsberechtigten Stifter auf „Übersiedlung“ der entsprechenden Regelung in die Stiftungsurkunde (siehe R. Briem, Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung einer funktionierenden Governance, in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts [2014] 61 [68]). Existiert kein änderungsberechtigter Stifter mehr, so kommt mE eine Änderung der Stiftungserklärung nach § 33 Abs 2 Satz 2 PSG in Betracht. Wie der OGH in seiner Entscheidung vom 9.10.2014, 6 Ob 198/13f, ausgesprochen hat, können „geänderte Verhältnisse“ iS dieser Bestimmung nämlich auch dann vorliegen, „wenn – etwa durch oberstgerichtliche Rechtsprechung – nachträglich bekannt wird, dass einzelne Klauseln der Stiftungserklärung gesetzwidrig sind.“ Dass das nachträgliche Bekanntwerden der Gesetzwidrigkeit auf die oberstgerichtliche Rspr zurückgeht, verlangt der OGH nicht; vielmehr wird dieser Fall nur als Beispiel genannt.

3. Kritischer zu betrachten sind hingegen die Ausführungen des OGH zu den in der Stiftungszusatzurkunde vorgesehenen Regelungen über Stiftungsorgane.

3.1. § 5 Abs 1 Satz 3 und 4 der Stiftungszusatzurkunde, welche vom OGH auf ihre Zulässigkeit geprüft wurden, lautet wie folgt:

„In einer Geschäftsordnung kann vorgesehen werden, dass der Stiftungsvorstand vor dem Abschluss von Rechtsgeschäften, die für die Privatstiftung von Bedeutung sind, die Zustimmung der Stifterin oder des Beirats einzuholen hat. Weiters kann vorgesehen werden, dass der Stifterin oder dem Beirat bei derartigen Entscheidungen ein Vetorecht zusteht.“

Der OGH führte zu dieser Regelung Folgendes aus:

„Die Bestimmung enthält vielmehr (weitere) Kompetenzregelungen betreffend die Stifterin, die mit den ihr (auch in der Zusatzurkunde) eingeräumten Rechten (Einfluss auf die Willensbildung und die Leitung sowie Überwachung des Stiftungsvorstands) auch Stiftungsorgan ist (vgl 6 Ob 239/08b = RIS-Justiz RS0117121 [T2, T3]), und den Beirat, dessen Organeigenschaft schon in der E 6 Ob 42/13i bejaht wurde. Kompetenzen (Aufgaben) von Stiftungsorganen betreffen deren ‚Einrichtung‘ (6 Ob 305/01y; 6 Ob 291/02s); Kompetenzregelungen betreffend Stiftungsorgane fallen daher unter § 9 Abs 2 Z 4 PSG und hätten daher gem § 10 Abs 2 Satz 1 PSG in der Stiftungsurkunde geregelt werden müssen. Die Regelung in der Stiftungszusatzurkunde ist daher schon aus diesem Grund unwirksam.“ (Hervorhebung durch den Autor).

Selbst dann, wenn die in § 5 der Stiftungszusatzurkunde genannten Regelungen in der Stiftungsurkunde enthalten wären, wären sie nach Auffassung des OGH infolge inhaltlicher Gesetzwidrigkeit unwirksam:

„Da nach § 5 der geänderten Stiftungszusatzurkunde jedes Rechtsgeschäft, das der Vorstand beabsichtigt, für die Stiftung ‚von Bedeutung‘ (es ist nicht von ‚erheblicher‘ oder ‚großer‘ oder ‚eminenter‘

ter‘ Bedeutung die Rede, es genügt nach dem Wortlaut daher auch eine völlig untergeordnete ‚Bedeutung‘) wäre, könnte die Stifterin bzw der Beirat durch entsprechende Gestaltung der Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand jedes vom Vorstand beabsichtigte Rechtsgeschäft durch das Zustimmungs- oder Vetorecht verhindern. Der Vorstand würde dadurch zum bloßen Vollzugsorgan der Wünsche der Stifterin oder des an ihrem ‚Gängelband‘ hängenden Beirats (vgl 6 Ob 42/13i).“

3.2. Nach Lektüre dieser Entscheidungspassagen gewinnt man den Eindruck, dass nach Auffassung des OGH

- jede Regelung über die Aufgaben eines Stiftungsorgans bei sonstiger Unwirksamkeit in der Stiftungsurkunde zu regeln ist;
- sich die Ermächtigung zur Regelung zustimmungspflichtiger Geschäfte im Rahmen einer Geschäftsordnung auf Geschäfte von erheblicher, wesentlicher oder grundlegender Bedeutung zu beschränken hat;
- es unzulässig ist, Regelungen über die Aufgaben eines Gremiums, dem keine Organstellung, aber Kontrollaufgaben zukommen, in die Stiftungszusatzurkunde aufzunehmen.

Diese Aussagen stehen im Widerspruch zur bisherigen Rspr des OGH. Nach der Entscheidung vom 31.1.2002, 6 Ob 305/01y, ist es, damit einem Beirat die Stellung als Organ iSd PSG zukommt, erforderlich, dass Angaben zur Organisationsstruktur und zu den Aufgaben des Beirats in die Stiftungsurkunde aufgenommen werden. Überwiegend wurde aus dieser Entscheidung abgeleitet, dass eine grundlegende Umschreibung der Kompetenzen des Beirats in der Stiftungsurkunde ausreicht (siehe nur N. Arnold, PSG<sup>3</sup>, § 9 Rz 22). Die Zulässigkeit von nur in der Stiftungszusatzurkunde geregelten Gremien, welche im Rahmen von Zustimmungsbefugnissen Einfluss auf den Vorstand nehmen, wurde in dieser Entscheidung nicht in Zweifel gezogen.

In der Entscheidung vom 13.3.2008, 6 Ob 49/07k, hatte der OGH eine Regelung nicht beanstandet, wonach im Rahmen einer Geschäftsordnung für den Vorstand auch die in der Stiftungsurkunde festgelegten zustimmungspflichtigen Geschäfte bzw Maßnahmen „angepasst, erweitert oder – insbesondere bei geänderten Verhältnissen – auch eingeschränkt werden“ können. Die Auffassung der Vorinstanzen, es müsse bereits in der Stiftungsurkunde der Umfang der Zustimmungsrechte abschließend definiert werden, wurde vom OGH abgelehnt. Wörtlich führte der OGH aus: „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.“

Schließlich entschied der OGH in der sog Gängelband-Entscheidung (OGH 8.5.2013, 6 Ob 42/13i), welche zur selben Stiftung wie die hier zu besprechende Entscheidung ergangen ist: „Der Beirat ist durch die grobe Umschreibung seiner Kompetenzen in § 6a Abs 1 der Stiftungsurkunde noch hinreichend eingerichtet iSd § 9 Abs 2 Z 4 PSG ... und daher Organ.“ (Hervorhebung durch den Autor).

Der Ansicht des OGH, wonach Regelungen über weitere Aufgaben von Stiftungsorganen bei sonstiger Unwirksamkeit in der Stiftungsurkunde zu regeln sind, steht daher in Widerspruch zu seiner bisherigen Rspr. Dasselbe gilt für die Ansicht des OGH, dass sich die Ermächtigung zur Regelung zustimmungspflichtiger Geschäfte im Rahmen einer Geschäftsordnung auf Geschäfte von erheblicher, wesentlicher oder grundlegender Bedeutung zu beschränken hat.

3.3. ME besteht auch kein Bedarf an einer derart restriktiven Rechtsansicht. Wie der OGH bereits in der E 6 Ob 49/07k entschieden hat, rechtfertigt die bloße abstrakte Möglichkeit einer weitgehenden Knebelung des Stiftungsvorstands durch die Gestaltung einer Geschäftsordnung noch nicht die Ablehnung des Eintragungsbegehrens. Sollten in *casu* die Stifterin oder nach deren Able-

ben der Beirat von der Kompetenz zur Erlassung der Geschäftsordnung in einer Weise Gebrauch machen, dass der Stiftungsvorstand faktisch lahmgelegt und zum Vollzugsorgan degradiert wird, so ist die entsprechende Geschäftsordnung unwirksam und vom Stiftungsvorstand nicht zu beachten (siehe OGH 13.3.2008, 6 Ob 49/07, mwN).

Das formale Argument (Unwirksamkeit der Regelung organbezogener Aufgaben in der Stiftungszusatzurkunde) würde zudem wegfallen, wenn die Aufgaben nicht einem Organ iSd PSG, sondern einem Gremium zugewiesen werden, welches ausschließlich in der Stiftungszusatzurkunde geregelt wird (im Folgenden kurz: Gremium). Der wesentliche Unterschied zwischen einem Beirat, welcher Organ iSd PSG ist, und einem bloßem Gremium wurde bisher darin gesehen, dass die an die Organqualifikation anknüpfenden Rechtsfolgen des § 27 Abs 1 und 2 PSG (Antragslegitimation für gerichtliche Bestellung und Abberufung von Stiftungsorganen) und § 31 Abs 1 PSG (Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung) bei einem Gremium nicht eintreten (siehe *Zentrum für Stiftungsrecht, Résumé-Protokoll des Workshops „Gestaltungsgrenzen von Stiftungsurkunden der Privatstiftung“*, GesRZ 2011, 356). Folgt man der Auffassung des OGH, dass jede Stelle, die „einen Einfluss auf die Willensbildung und die Leitung sowie Überwachung des Stiftungsvorstands“ hat, bereits Organ iSd PSG ist, wären bei sonstiger Unwirksamkeit alle Aufgaben einer derartigen Stelle in der Stiftungsurkunde zu regeln. Für ein Gremium, welches ausschließlich in der Stiftungszusatzurkunde geregelt wird, bliebe – wenn überhaupt – nur noch insoweit ein Raum, als diesem Gremium nur das Recht zur Beratung oder das Recht zur Erstattung einer Stellungnahme zukäme. Im weiteren Sinn handelt es sich bei den vorgenannten Rechten jedoch immer noch um Einflussrechte, wenngleich diese keine „Aufsichtsratsähnlichkeit“ iSd Judikatur begründen.

Richtigerweise ist mE bei Beurteilung der Fragen, ob ein aufsichtsratsähnliches Organ iSd Judikatur oder ein Verstoß gegen das „Lähmungsverbot“ des Stiftungsvorstands vorliegen, nicht zwischen Organen iSd PSG und Gremien zu unterscheiden. Bejaht man – wie hier – auch die Zulässigkeit von Gremien, welche ausschließlich in der Stiftungszusatzurkunde geregelt werden, sind der Kern der Fragestellung in beiden Fällen die gleichen Fragen: Liegt eine Stelle vor, welche aufsichtsratsähnliche Kompetenzen hat? Wird durch diese Stelle der Vorstand in seiner Tätigkeit „gelähmt“? In beiden Fällen gelten die gleichen Rechtsfolgen. *Kodek* (Gedankensplitter zur corporate governance der Privatstiftung, in FS Reich-Rohrwig [2014] 101 [112]), welcher dem „Ausweichen“ auf

„geheime“ Gremien kritisch gegenübersteht, löst hingegen diese Fragen über die Organstellung. Nach seiner Auffassung ist die Organstellung eines Gremiums jedenfalls bei Vorliegen von Zustimmungsrechten zu bejahen, weil dadurch die Befugnis des Stiftungsvorstands zumindest im Innenverhältnis deutlich eingeschränkt wird. Einem derartigen Gremium, welches ausschließlich in der Stiftungszusatzurkunde geregelt ist, kam jedoch nach der bisherigen Rspr gerade keine Organstellung zu.

3.4. Interessanterweise wurde die Regelung in § 5 Abs 2 der Stiftungszusatzurkunde, wonach die Stifterin und die Mitglieder eines allenfalls eingerichteten Beirats zur Teilnahme an den Vorstandssitzungen berechtigt und hierzu einzuladen sind, vom OGH nicht beanstandet. mE ist diese Regelung unzulässig, weil der Stiftungsvorstand – ähnlich dem Vorstand einer AG – die Möglichkeit haben muss, ohne Teilnahme organfremder Personen seinen Willen zu bilden (siehe *R. Briem, Gestaltungsmöglichkeiten*, 91). Weiters ist bemerkenswert, dass der OGH die Regelung des § 5 Abs 1 der Stiftungsurkunde nicht unter Hinweis auf die „Aufsichtsratsähnlichkeit“ des Organs Stifterin, die zugleich Begünstigte der Stiftung ist, beanstandet hat.

3.5. Aus Vorsichtsgründen wird es sich in Zukunft empfehlen, möglichst sämtliche Aufgaben, die einem Stiftungsorgan zukommen, ausschließlich in der Stiftungsurkunde zu regeln. Konsequenterweise würde dies bedeuten, dass auch allfällige nicht verbindliche Vorschlagsrechte des Beirats iZm der Gewährung von Zuwendungen – systematisch völlig verfehlt – in der Stiftungsurkunde zu regeln wären (Zustimmungsrechten eines Beirats iZm der Gewährung von Zuwendungen steht der OGH, wie aus der Entscheidung vom 9.9.2013, 6 Ob 139/13d, ersichtlich ist, ablehnend gegenüber). Würde eine Regelung über eine organbezogene Aufgabe entgegen der nunmehrigen Rspr in der Stiftungszusatzurkunde statt in der Stiftungsurkunde geregelt und hat der falsche Regelungsort die Unwirksamkeit der Regelung zur Folge, so besteht ein Anspruch jedes Stifters (unter Umständen aber auch anderer Personen, in deren Interesse die Regelung getroffen wurde) gegen den oder die änderungsberechtigten Stifter auf „Übersiedlung“ dieser Regelung in die Stiftungsurkunde bzw ist der Vorstand nach § 33 Abs 2 Satz 2 PSG verpflichtet, diese „Übersiedlung“ vorzunehmen (siehe oben Pkt 2.5.).

Robert Briem

Dr. Robert Briem ist Rechtsanwalt in Wien.

## Rezensionen

### Umgründungssteuergesetz

#### Jahreskommentar

Herausgegeben von Univ.-Prof. DDr. Georg KOFLER, LL.M. (NYU), 4., aktualisierte Auflage, 1.276 Seiten, Preis 215 € bzw 172 € (im Abonnement), Linde Verlag, Wien 2015.

Das neben dem Herausgeber selbst mit *Sebastian Bergmann, Gebhard Furherr, Petra Hübner-Schwarzinger, Martin Jann, Franz Rittsteuer, Thomas Schneider, Martin Alexander Six, Markus C. Stefaner* sowie *Kornelia Waitz-Ramsauer* mit Vertretern aus Wissenschaft und/oder Praxis prominent und fachkundig besetzte Werk ist mittlerweile zum „Klassiker“ des österreichischen Umgründungssteuerrechts geworden und als einzig „echter“ Kommentar dieser komplexen Rechtsmaterie eine sinnvolle Ergänzung der sonstigen Literatur.

Neu in der 4. Auflage sind die Einarbeitung der Legistik des Jahres 2014 (AbgÄG 2014 und 2. AbgÄG 2014) bzw der

umfangreichen BMF-Wartungserlässe (vgl zum Zusammenschluss iSd Art IV UmgrStG BMF-Erlass vom 24.11.2014, BMF-010200/0022-VI/1/2014, BMF-AV 2014/166; BMF-Erlass vom 22.12.2014, BMF-010200/0026-VI/1/2014, BMF-AV 2014/181; zur Spaltung iSd Art VI UmgrStG BMF-Erlass vom 10.12.2014, BMF-010200/0024-VI/1/2014, BMF-AV 2014/175), die Auseinandersetzung mit aktueller Rspr (vgl etwa zum Vorliegen eines [Teil-]Betriebs VwGH 26.6.2014, 2010/15/0140; zur maximal zulässigen AfA-Bemessung VwGH 28.1.2015, Ra 2014/13/0025; zur Umstellungsrücklage nach einer Einbringung BFG 4.9.2014, RV/7101954/2011) und die Berücksichtigung der aktuellen Judikatur.

Charakteristika des Werkes sind auch in dieser Auflage neben der Übersichtlichkeit die hohe Praxisrelevanz, die zahlreichen Beispiele sowie die den jeweiligen Kommentierungen vorangestellten aktuellen Literaturübersichten und – bedingt durch das jährliche Erscheinen – die absolute Aktua-



# GesRZ-QUARTALSABO

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

**AKTION**  
**JETZT 20%**  
**GÜNSTIGER!**



## BESTELLEN SIE JETZT IHR QUARTALSABO

Ja, ich bestelle  Exemplare

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

(44. Jahrgang 2015, Heft 5+6)

**EUR 30,60**

Jahresabo 2015 EUR 153,-

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**