

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

1. Lehnt das Firmenbuchgericht die vom Vorstand in vertretungsbefugter Anzahl angemeldete Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde ab, so tritt eine Beschwerde der Privatstiftung ein, sie ist als Partei rekurs- und revisionsrekursberechtigt. PSG: §§ 3, 14, 33
OGH 13.3.2008, 6 Ob 49/07k, s. auch 6 Ob 50/07g
2. Haben sich sämtliche Stifter nach dem Inhalt der auszulegenden Stiftungsurkunde das unbeschränkte Änderungs- und Widerrufsrecht vorbehalten und zugleich Regelungen über eine (zeitlich gestaffelte) Ausübung der Stifterrechte getroffen, so liegt darin bloß ein zeitlicher Ausschluss von der Ausübung dieser Rechte, nicht aber ein Verzicht auf das Änderungs- und Widerrufsrecht; der nach der Regelung jeweils ausübungsberechtigte Stifter ist auch zu einer Neuordnung der Ausübung der Stifterrechte berechtigt.
3. Die Stiftungsurkunde muss den Umfang der zustimmungspflichtigen Geschäfte nicht abschließend definieren. Die Erklärung einer Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand ist zulässig.
4. Ob der Beirat ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ ist, bestimmt sich vorrangig nach den in der Stiftungsurkunde eingeräumten Überwachungs- und Zustimmungsrechten. Ist die dem Beirat zugewiesene Funktion einem Aufsichtsrat vergleichbar, ist eine Doppelmitgliedschaft im Stiftungsvorstand und Beirat nicht zulässig.

Aus den Entscheidungsgründen:

Mit Notariatsakt vom 7. 6. 2000 errichteten Mag. Georg P*****, Mag. Karin B***** und Maria P***** als Stifter die im Firmenbuch des Landesgerichts Linz zu FN ***** eingetragene M***** Privatstiftung. Mit Notariatsakt vom 1. 8. 2000 wurde die Stiftungsurkunde neu gefasst. Diese Stiftungsurkunde vom 1. 8. 2000 enthält ua folgende Bestimmungen:

§ 9 Beirat:

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

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

§ 11 Änderung der Stiftungserklärung

(1) Die Stifter behalten sich sowohl für die Zeit vor wie für jene nach dem Entstehen der Privatstiftung die - auch allumfassende und wiederholte - Änderung der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde) vor. Das Recht zur Änderung kommt nach Entstehen der Privatstiftung der Stifterin Mag. Karin B***** ausschließlich zu. Nach ihrem Ableben geht dieses Recht auf die Stifter Mag. Georg P***** und Frau Maria P***** über. Diese haben eine einstimmige Entscheidung zu treffen. Ist

nur mehr ein Stifter am Leben, kommt diesem die Befugnis alleine zu. Die Stifter sind auch berechtigt, den Stiftungszweck und die Begünstigten zu ändern.

§ 12 Widerruf der Stiftungserklärung bzw der Privatstiftung

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

Die Stifter haben am 16. 2. 2006 eine (weitere) Neufassung der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde beschlossen. In der neu gefassten Stiftungsurkunde wird Mag. Georg P***** als Hauptstifter und werden Maria P***** und Mag. Karin B***** als Nebenstagter bezeichnet. Diese Neufassung der Stiftungsurkunde vom 16. 2. 2006 enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

§ 8 Stiftungsvorstand

(...).

(3) Zu Lebzeiten und bei Geschäftsfähigkeit des Hauptstifters steht das Recht auf Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands ausschließlich dem Hauptstifter zu. Kommt dem Hauptstifter das Recht zur Bestellung und Abberufung (insbesondere infolge Ablebens oder Geschäftsunfähigkeit) nicht mehr zu, erfolgen Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands nach nachstehenden Regelungen:

(a) - (g): (...).

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

(...).

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

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

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

(c) durch das Gericht.

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

(...).

(16) Folgende Geschäfte und Rechtshandlungen darf der Stiftungsvorstand nur nach vorheriger Konsultation und Zustimmung des Hauptstifters, sofern dieser verstorben oder geschäftsunfähig ist, der anderen in § 8 Abs 3 der Stiftungsurkunde genannten Personen (in sinngemäßer Anwendung dieser Bestimmung), oder des Beirates (sofern ein solcher eingerichtet ist) vornehmen:

(...).

Dem Hauptstifter steht es frei, unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen eine Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand zu erlassen. Nach Ableben oder bei Geschäftsunfähigkeit

des Hauptstifters kommt dieses Recht dem Beirat zu, sofern ein solcher eingerichtet ist. Im Rahmen einer derartigen Geschäftsordnung können auch die in § 8 Abs 16 der Stiftungsurkunde festgelegten zustimmungspflichtigen Geschäfte bzw. Maßnahmen angepasst, erweitert oder - insbesondere bei geänderten Umständen - auch eingeschränkt werden.

(...).

§ 9 Beirat

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

Der Beirat besteht aus mindestens drei, höchstens fünf Mitgliedern. Mitglieder des Stiftungsvorstands können - soweit rechtlich zulässig - gleichzeitig Mitglieder des Beirats sein; doch müssen im Beirat stets Mitglieder die Mehrheit haben, die nicht gleichzeitig dem Stiftungsvorstand angehören.

(...).

(21) Dem Beirat kommen alle Rechte zu, die ihm die Stiftungserklärung einräumt bzw. die zur Überwachung der Einhaltung des Stiftungszwecks und zur Beratung und Überwachung des Stiftungsvorstands erforderlich sind, sowie jene Rechte, die das PSG Stiftungsorganen im Allgemeinen oder Begünstigten einräumt. Diese Rechte sind beispielsweise die Antragstellung bei Gericht bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Stiftungsprüfer und Organen der Privatstiftung (§ 21 Abs 4 PSG), Anträge auf gerichtliche Bestellung oder Abberufung von Stiftungsorganen und deren Mitgliedern (§ 27 PSG), der Auskunftsanspruch gemäß § 30 PSG, der auch die Einsichtnahme in den Jahresabschluss, den Lagebericht, den Prüfungsbericht, die Bücher, die

Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde umfasst, sowie das Recht, bei Gericht eine Sonderprüfung zu beantragen (§ 31 PSG). Dem Beirat ist Gelegenheit zu geben, in die Protokolle und Umlaufbeschlüsse des Stiftungsvorstands Einsicht zu nehmen. Jahresabschluss, Lagebericht und Prüfungsbericht der Privatstiftung sind jedem Mitglied des Beirates innerhalb eines Monats ab Vorliegen durch den Stiftungsvorstand ohne weitere Aufforderung zu übersenden. Innerhalb von längstens zwei Monaten ab Übersendung von Jahresabschluss, Lagebericht und Prüfungsbericht an die Mitglieder des Beirates findet über Verlangen auch nur eines einzigen Beiratsmitgliedes eine Beiratssitzung („ordentliche Beiratssitzung“) statt, in welcher der Stiftungsvorstand dem Beirat über das abgelaufene Geschäftsjahr berichtet sowie den Jahresabschluss und den Lagebericht näher erläutert. Der Stiftungsvorstand hat dem Beirat weiters in regelmäßigen Abständen, jedenfalls aber nach Abhaltung einer Sitzung des Stiftungsvorstands, über seine Tätigkeit und die Gebarung der Privatstiftung zu berichten. In dringenden Fällen bzw. bei außerordentlichen Vorkommnissen bzw. Vornahme derartiger Geschäfte ist dem Beirat jederzeit Bericht zu erstatten.

§ 12 Änderung der Stiftungserklärung, Widerruf der Privatstiftung

(1) Die Stifter behalten sich die - auch allumfassende und wiederholte - Änderung der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde) vor. Sie sind auch berechtigt, den Stiftungszweck und die Begünstigten zu ändern. Zur Ausübung dieses Rechtes gilt im Übrigen § 14 der Stiftungsurkunde. (...).

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

(...).

§ 14 Ausübung der Stifterrechte

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

(a) Zu Lebzeiten und bei Geschäftsfähigkeit des Hauptstifters steht die Ausübung der Stifterrechte ausschließlich diesem zu. (b) Ist der Hauptstifter geschäftsunfähig, ist sein Sachwalter oder sonstiger Vertreter nicht zur Ausübung der Stifterrechte befugt. Ebenso wenig stehen die Rechte einem Masseverwalter eines Stifters zu. (...).

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

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

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

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

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

(3) Sonderregelung für die Änderung der Stiftungserklärung: Ist der Hauptstifter verstorben oder geschäftsunfähig, steht das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung den Nebensterkern zu und wird von diesen gemeinsam ausgeübt. Eine Ausübung des Änderungsrechtes durch die Nebensterker bedarf der einstimmigen Zustimmung des Beirates,

soweit ein solcher eingerichtet ist, sonst des Stiftungsvorstands. Der Stiftungsvorstand ist gehalten, dem Firmenbuchgericht bei der maßgeblichen Anmeldung die jeweilige Zustimmung nachzuweisen. Zwei gemeinsam vertretungsbefugte Mitglieder des Stiftungsvorstands beantragen die Eintragung der Neufassung der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde vom 16. 2. 2006.

Das Erstgericht wies den Antrag ab. Der neu gefasste § 8 Abs 16 der Stiftungsurkunde räume dem Stifter bzw dem Beirat einen derartigen Einfluss auf die Vorstandstätigkeit ein, dass die Position des Vorstands zu einem bloßen Vollzugsorgan abgeschwächt werden könne. Es sei zwar gegen die Übertragung einzelner Kompetenzen, wie bestimmter Weisungs-, Zustimmungs- und Vetorechte, an fakultative Stiftungsorgane nichts einzuwenden, jedoch sei die Zuweisung umfassender Geschäftsführerbefugnisse an derartige Stiftungsorgane nicht zulässig. Aufgrund der Regelung des § 8 Abs 16 der Stiftungsurkunde sei nicht gewährleistet, dass nicht im Nachhinein - unzulässigerweise außerhalb der Stiftungsurkunde - eine Ausweitung der Kompetenzen (nämlich eine Erweiterung der Zustimmungsrechte) des Beirats bzw des Stifters erfolge. Zustimmungsrechte des Beirats seien Kompetenzen, die in der Stiftungsurkunde zu regeln seien und nicht in einer vom Beirat selbst zu erlassenden Geschäftsordnung festgelegt werden könnten. Der Beirat sei - ausgehend von den diesem in den §§ 8 Abs 3 lit h, 8 Abs 16 und 9 Abs 21 der Stiftungsurkunde eingeräumten Kompetenzen - als aufsichtsratsgleich oder aufsichtsratsähnlich zu qualifizieren. Ein derartiger Beirat sei an § 23 Abs 2 PSG zu messen. Es wäre daher auch in die Neufassung der Stiftungsurkunde die in der bisherigen Fassung enthaltene Regelung aufzunehmen gewesen, dass Begünstigte nicht die Mehrheit im Beirat stellen dürfen. Die zur „Einrichtung“ eines Organs erforderlichen Regelungen seien in der Stiftungsurkunde zu treffen. Hierzu zähle auch die Regelung der Organisationsstruktur und die Zusammensetzung des Organs. Die Regelung des § 9 Abs 1 letzter Satz der

Stiftungsurkunde sei in Analogie zu § 23 Abs 2 Satz 1 PSG als unzulässig anzusehen. Es liege ein Verstoß gegen das Prinzip, dass niemand gleichzeitig Kontrolleur und Kontrollierter sein könne, vor. § 12 Abs 1 und Abs 2 iVm § 14 der Stiftungsurkunde führe zu einer Ausdehnung der bisherigen Gestaltungsrechte des Stifters Mag. Georg P***** in Ansehung der Änderung der Stiftungserklärung und des Widerrufs der Privatstiftung, denn diese Gestaltungsrechte seien bei der Errichtung der Stiftung in zeitlicher Hinsicht beschränkt gewesen. Es liege daher eine unzulässige, weil gegen § 33 Abs 2 PSG verstoßende Aufhebung einer Beschränkung des Änderungs- und Widerrufsrechts bzw eine Ausweitung der nur mit Einschränkungen vorbehaltenen Gestaltungsrechte vor. Die in § 14 Abs 3 der Stiftungserklärung vorgesehene Bindung des Änderungsrechts der Nebenster an eine einstimmige Zustimmung des Beirats sei unzulässig, weil es hiedurch zu einer starken Erweiterung der Befugnisse des Beirats komme und dieser Einflussmöglichkeiten in jenen Bereichen erlange, die nur dem Stifter zustehen. Es wäre dem Beirat hiedurch möglich, jede Änderung der Stiftungserklärung zu verhindern oder sogar unmöglich zu machen.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Privatstiftung nicht Folge. Im Eintragungsverfahren nach § 33 Abs 3 PSG sei auch die Privatstiftung selbst rechtsmittellegitimiert. Im Übrigen führte es - mit eingehender Begründung - aus:

Zu § 8 Abs 16 der Stiftungsurkunde:

Dem vorgesehenen Beirat komme Organqualität zu. Zustimmungsmöglichkeiten seien abschließend in der Stiftungserklärung zu regeln. Deshalb könne die Frage auf sich beruhen, ob die Erlassung einer Geschäftsordnung für den Vorstand durch den Hauptstifter oder durch den Beirat zulässig sei. Es sei unzulässig, den Vorstand einer Privatstiftung zu einem bloßen Vollzugsorgan zu degradieren. § 8 Abs 16 der Stiftungsurkunde erlaube die nachträgliche Anpassung und Erweiterung der in dieser Bestimmung

angeführten zustimmungspflichtigen Geschäfte, ohne den Umfang der dem Hauptstifter und dem Beirat insoweit eingeräumten Rechte festzulegen. § 25 Abs 4 PSG ermögliche, in der Stiftungserklärung den in § 25 Abs 1 bis 3 PSG festgelegten Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats zu erweitern. Dazu werde vertreten, dass die Stiftungserklärung den Aufsichtsrat nur zu beschließen ermächtigen könne, dass bestimmte zusätzliche Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürften. Dem Firmenbuchgericht müsse im Zeitpunkt der Entscheidung über das Eintragungsbegehren die Prüfung möglich sein, ob die Stiftungsurkunde dem zwingenden Organisationsrecht des PSG entspricht. Daher müsse zu diesem Zeitpunkt auch beurteilbar sein, ob der Vorstand im Rahmen des gesetzlich Zulässigen dem Einfluss anderer Organe oder Personen unterworfen sei. Daher habe schon die Stiftungsurkunde den Umfang von Zustimmungsmöglichkeiten abschließend zu definieren. Mit der in der Stiftungsurkunde enthaltenen Feststellung, dass bei der Erlassung der Geschäftsordnung die gesetzlichen Bestimmungen zu beachten seien, könne nicht das Auslangen gefunden werden.

Zu § 9 der Stiftungsurkunde:

Der Beirat der Privatstiftung sei aufgrund seiner umfangreichen Kontroll-, Überwachungs- und Zustimmungsmöglichkeiten als aufsichtsratsähnlich zu qualifizieren. Daran ändere nichts, dass der Beirat Mitglieder des Stiftungsvorstand nur aus wichtigen Gründen abberufen könne. Dass die Stiftungsurkunde nun nicht mehr die Bestimmung enthalte, dass Begünstigte und ihre Angehörigen nicht die Mehrheit im Beirat stellen dürfen, sei im Rahmen der materiellen Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichts wahrzunehmen. Die begehrte Eintragung, die zum Ausdruck bringe, dass der Beirat der Wertung des § 23 Abs 2 2. Satz PSG nicht unterliegen soll, sei abzulehnen.

§ 9 Abs 2 Z 4 PSG sei dahin zu verstehen, dass bereits in die Stiftungsurkunde die wesentlichen Kriterien des einzurichtenden weiteren Organs

aufzunehmen seien. Dazu gehöre auch die Beschreibung der Zusammensetzung des Organs. Die Zusammensetzung des Beirats sei vom Firmenbuchgericht unter dem Gesichtspunkt der Einhaltung der zwingenden

Unvereinbarkeitsbestimmungen des PSG zu prüfen. Wegen der dem Beirat übertragenen Überwachungsfunktion sei eine Doppelmitgliedschaft in Vorstand und Beirat unzulässig, schlossen doch die Positionen des Kontrolleurs und des Kontrollierten einander aus. Dass die Vorstandsmitglieder im Beirat nicht die Mehrheit haben sollen, ändere nichts, weil im Beirat eine vom überwachten Organ unabhängige Willensbildung möglich sein solle. Diese wäre nicht sichergestellt, hätten die Vorstandsmitglieder ein Mitspracherecht im Zug der Meinungsbildung im Beirat. Da eine „rechtlich zulässige“ Doppelmitgliedschaft in Vorstand und Beirat wegen der dem Beirat zukommenden Kontrollfunktion nicht denkbar sei, sei § 9 Abs 1 letzter Satz der Stiftungsurkunde zu Recht vom Erstgericht beanstandet worden.

Zu §§ 12 und 14 der Stiftungsurkunde:

Die Stifter hätten sich für die Zeit nach dem Entstehen der Privatstiftung die allumfassende und wiederholte Änderung der Stiftungserklärung und den Widerruf der Privatstiftung vorbehalten. Es sei aber auch eine zeitliche Staffelung der Ausübbarkeit dieser Rechte durch die einzelnen Stifter vereinbart und nicht bloß die Modalität der Ausübung der Stifterrechte im Sinn des § 3 Abs 2 PSG geregelt worden. Dem Stifter Mag. Georg P***** sei nur ein zeitlich beschränktes Änderungs- und Widerrufsrecht beginnend mit dem Zeitpunkt des Ablebens der Stifterin Mag. Karin B***** eingeräumt worden. Diese Selbstbeschränkung des Stifters könne nachträglich durch Änderung der Stiftungsurkunde nicht mehr aufgehoben werden. Die gegenteilige Auffassung stehe mit § 33 Abs 2 PSG in Widerspruch. Da die Regelungen der Stiftungserklärung in der Fassung vom 7. 6. 2000 als Einräumung des persönlichen Rechts an die Stifterin Mag. Karin B***** und nicht als Übertragung der Ausübung des Änderungs- und des Widerrufsrechts zu

verstehen seien, komme § 14 der Neufassung der Stiftungserklärung einer Ausdehnung des dem Hauptstifter ursprünglich zeitlich beschränkt eingeräumten Änderungs- und Widerrufsrechts gleich. Der Übertragung dieser Rechte an den Hauptstifter zu Lebzeiten der Nebensterin Mag. Karin B***** stehe die in die Stiftungsurkunde aufgenommene Einschränkung des Änderungs- und Widerrufsrechts entgegen. Die neue Regelung des Änderungs- und Widerrufsrechts widerspreche dem § 33 Abs 2 PSG. Schon deshalb könne die Frage der Zulässigkeit der Bindung der Ausübung des Änderungsrechts durch die Nebensterin an die einstimmige Zustimmung des Beirats auf sich beruhen.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nur Teilaspekte der im vorliegenden Verfahren entscheidungsrelevanten Rechtsfragen behandelt worden seien, diesen jedoch unter dem Gesichtspunkt der Rechtseinheit Bedeutung über den Einzelfall hinaus zukomme.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs der Privatstiftung ist zulässig; er ist jedoch nicht berechtigt.

1. Rechtsmittellegitimation der Privatstiftung:

Der Antrag auf Eintragung der Neufassungen der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde wurde von zwei gemeinsam vertretungsbefugten Mitgliedern des Stiftungsvorstands (von insgesamt drei vorhandenen) gestellt; sowohl den Rekurs gegen die Antragsabweisung durch das Erstgericht als auch den Revisionsrekurs hat jedoch die Privatstiftung selbst erhoben. Es ist daher zunächst zur Zulässigkeit des Revisionsrekurses Stellung zu nehmen:

Der erkennende Senat hat bei einer mit dem Anlassfall identen Konstellation keine Bedenken gegen die Zulässigkeit eines von der Privatstiftung allein

erhobenen Revisionsrekurses gehabt (6 Ob 61/04w = GeS 2004, 391 [N. Arnold] = GesRZ 2004, 392 = RdW 2004, 596 = eolex 2005, 16 = NZ 2005, 243). Daran ist festzuhalten:

Der Stiftungsvorstand hat die Änderung der Stiftungsurkunde und die Tatsache der Änderung der Stiftungszusatzurkunde zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden. Die Änderung wird mit der Eintragung in das Firmenbuch wirksam (§ 33 Abs 3 PSG). Aus dem letzten Satz folgt, dass jedenfalls die Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde konstitutiv wirkt (vgl nur N. Arnold, PSG² § 33 Rz 71 f mwN). Die auf eine konstitutiv wirkende, die Rechtsänderung erst herbeiführende Eintragung gerichtete Anmeldung erfolgt im Namen der Privatstiftung; Anmeldende ist in einem solchen Fall daher die Stiftung selbst, vertreten durch ihren Vorstand (vgl G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, Firmenbuchgesetz § 15 FBG Rz 68 mwN und Rz 90 f; s auch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 9 Rz 4 mwN). Bei Ablehnung der Eintragung ist sie beschwert und daher als Partei (§ 2 Abs 1 Z 2 AußStrG iVm § 15 Abs 1 FBG) rekurs- und revisionsrekursberechtigt (vgl G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, aaO Rz 168 mwN). Für die Anmeldung einer Änderung der Stiftungserklärung genügt es, dass sie von Stiftungsvorstandsmitgliedern in vertretungsbefugter Anzahl vorgenommen wird, wenn die Stiftungserklärung vom Erfordernis des gemeinschaftlichen Handelns sämtlicher Mitglieder des Stiftungsvorstands absieht (§ 17 Abs 3 Satz 1 PSG) abgeht (N. Arnold, PSG² § 33 Rz 70; K. Berger in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 33 Rz 34).

2. Änderung der Ausübung der Stifterrechte:

a) Nach dem Entstehen einer Privatstiftung kann die Stiftungserklärung vom Stifter nur geändert werden, wenn er sich Änderungen vorbehalten hat (§ 33 Abs 2 Satz 1 PSG). Eine Privatstiftung kann vom Stifter nur dann widerrufen werden, wenn er sich den Widerruf in der Stiftungserklärung vorbehalten hat (§ 34

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

Im Anlassfall haben sich die Stifter in § 11 Abs 1 der gültigen Stiftungsurkunde „die - allumfassende und wiederholte - Änderung der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde)“ und in deren § 12 Abs 1 Satz 1 den Widerruf der Privatstiftung vorbehalten. Zu Lebzeiten der Stifterin Mag. Karin B***** kommt ausschließlich dieser das Recht zur Änderung und auf Widerruf zu. Nach ihrem Ableben gehen diese Rechte auf die beiden anderen Stifter über, die eine einstimmige Entscheidung zu treffen haben. Auch nach § 12 der neugefassten Stiftungserklärung behalten sich die Stifter „die - auch allumfassende und wiederholte - Änderung der Stiftungserklärung (Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde)“ und den Widerruf der Privatstiftung vor. Nach dem neuen § 14 der Stiftungsurkunde steht - in Änderung der gültigen Regelung - ausschließlich dem nunmehrigen Hauptstifter (Mag. Georg P*****) zu seinen Lebzeiten die Ausübung der Stifterrechte zu, solange er geschäftsfähig ist. Die Nebensterin (Maria P***** und Mag. Karin B*****) haben bei der Ausübung der Stifterrechte keine Stimmen und wirken an der Ausübung der Stifterrechte nicht mit. Für die Änderung der Stiftungserklärung wurde davon abweichend eine Sonderregelung getroffen: Das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung steht den Nebensterinen

zu, wenn der Hauptstifter verstorben oder geschäftsunfähig ist. Das Recht wird von den Nebentiftern gemeinsam ausgeübt. Ist ein Beirat eingerichtet, so bedarf die Ausübung seiner einstimmigen Zustimmung, sonst derjenigen des Stiftungsvorstands. Gegen die Auffassung der Vorinstanzen macht die Revisionsrekurswerberin geltend, die Stifter hätten sich das Änderungs- und das Widerrufsrecht uneingeschränkt vorbehalten; sie hätten lediglich die zeitliche Abfolge der Ausübung der Gestaltungsrechte einer Regelung zugeführt, von der sie jederzeit wieder abgehen könnten. Die Bindung des Änderungsrechts der Nebentifter an die Zustimmung des Beirats sei zulässig, bedeute sie doch keine „Erweiterung des Kreises der Änderungsberechtigten“ und auch keine Übertragung des Änderungsrechts auf einen Dritten.

Hiezu wurde erwogen:

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

N. Arnold (PSG² § 33 Rz 40 f) vertritt eine gegenteilige Auffassung, verbiete doch das Privatstiftungsgesetz nicht, eine freiwillige Beschränkung des Gestaltungsrechts aufzuheben. Die Modalitäten der Ausübung des Änderungsrechts (§ 3 Abs 2 PSG), die insbesondere bei Stiftermehrheit zumeist zeitliche Abfolgen enthielten, seien keine

freiwilligen Selbstbeschränkungen (auch keine solchen zeitlicher Natur) und könnten bei unbeschränktem Änderungsvorbehalt auch nachträglich abgeändert werden.

Hochedlinger (Verzicht lediglich eines Mitstiffters auf gemeinsam vorbehaltenes Änderungsrecht möglich? *ecolex* 2004, 863) vertritt ebenso, dass eine Aufhebung der Beschränkung der Änderung „unter Einhaltung der ursprünglichen Beschränkung“ zulässig ist. Auch *Ch. Nowotny* (in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, aaO 134) bezweifelt, ob das Wesen der Stiftung eine Einschränkung der Änderungsbefugnis erfordere. Das Gesetz lasse es zu, dass der Stifter weitgehend privatautonom der Stiftung den Willen vorgebe und auch Stifterrechte nachträglich korrigiere oder ändere. Der Stifter könne bei Ausübung seines Änderungsrechts eine Erweiterung seiner Stifterrechte vornehmen.

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

§ 3 Abs 2 PSG ermöglicht den Stiftern, Vorkehrungen über die Ausübung der Stifterrechte in der Stiftungsurkunde zu treffen. Inhaltliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Regelungen über die Ausübung der Stifterrechte sieht das Gesetz nicht vor. Sie können daher nach dem Grundsatz der Privatautonomie von den Stiftern weitgehend frei gestaltet werden und sind innerhalb der von der

Rechtsordnung vorgegebenen Schranken zulässig (*Kalss/Zollner*, Ausübung und Änderung von Stifterrechten bei einer Stiftermehrheit, *GesRZ* 2006, 227 [229]). Die im Anlassfall geltende Stiftungsurkunde sieht eine in der Praxis weitverbreitete zeitliche Staffelung der Stifterrechte, insbesondere der Gestaltungsrechte „Änderung der Stiftungserklärung“ und „Widerruf der Privatstiftung“ vor: Zunächst steht nur einer Stifterin die Ausübung dieser Stifterrechte zu, erst nach ihrem Ableben geht die Kompetenz zur Ausübung dieser Stifterrechte auf die anderen Stifter über. Diese Regelung ist auch unter dem Aspekt des § 3 Abs 3 PSG unbedenklich, handelt es sich doch nicht um eine Vererbung von Stifterrechten. Sie gestaltet nur die Ausübbarkeit der Stifterrechte, die in der Stiftungsurkunde vorbehalten worden sein müssen, um überhaupt entstanden zu sein, unter den Stiftern unterschiedlich, indem die Ausübbarkeit an die Bedingung des Ablebens einer Stifterin gebunden wird. Zu deren Lebzeiten haben die beiden anderen Stifter nur eine Anwartschaft auf die spätere Ausübung der Stifterrechte (vgl. *Kalss/Zollner*, aaO 230). Nicht das Änderungs- und das Widerspruchsrecht sind bedingt, sondern die Ausübbarkeit dieser im Anlassfall von allen Stiftern unbedingt, unbefristet und inhaltlich nicht beschränkt vorbehaltenen Rechte. Die nachgereichten Stifter haben auf die Ausübbarkeit des Änderungs- und des Widerrufsrechts nicht gänzlich und für immer verzichtet, sie sind lediglich zeitlich von der Ausübung dieser Rechte ausgeschlossen (*Kalss/Zollner*, aaO 232), führt doch ein Verzicht zum Untergang des entsprechenden Rechts (s nur *Griss* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 1444 Rz 1 mwN). Es liegt demnach eine von der gesetzlichen dispositiven Regel der gemeinsamen Ausübung vorbehaltener Rechte eines Stiffters abweichende Regelung vor.

Im Anlassfall haben sich alle Stifter nach dem Inhalt der auszulegenden Stiftungsurkunde ein unbeschränktes Änderungsrecht, damit aber auch die Änderung der Regelung der Ausübung der beiden Gestaltungsrechte, vorbehalten. Daher ist im Einklang mit der Entscheidung 6 Ob 61/04w die derzeit

allein ausübungsberechtigte Stifterin auch zu einer Neuordnung der Kompetenzen bei der Ausübung der Stifterrechte berechtigt. Da die Änderungen der Stiftungsurkunde von den Stiftern einvernehmlich vorgenommen wurden, stellt sich die Frage nicht, ob zur Neuregelung die Zustimmung der nachgereihten Stifter erforderlich ist. Auch unter dem Blickwinkel des § 3 Abs 3 PSG bestehen keine Bedenken, handelt es doch nicht um eine Übertragung von Stifterrechten unter Lebenden.

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

Entgegen diesen nicht näher dargelegten Bedenken erachtet der erkennende Senat die in § 14 Abs 3 der Neufassung der Stiftungsurkunde vorgesehene Zustimmung des Beirats für zulässig. Die Einräumung eines Zustimmungsrechts ist keine Einräumung des höchstpersönlichen (vgl nur *N. Arnold*, PSG² § 33 Rz 35) Gestaltungsrechts; dadurch bindet ein Stifter nur sein Änderungsrecht. Dies ist nicht bedenklich, kann doch ein Stifter das vorbehaltene Änderungsrecht inhaltlich beschränken und darauf überhaupt verzichten (*N. Arnold*, aaO Rz 40; *Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum PSG, 275; *Pittl*, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm

zustehenden Rechte, NZ 1999, 197; *Kalss* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen, 189; *Hochedlinger/Hasch*, „Exekutionssichere“ Gestaltung von Stiftungserklärungen, RdW 2002, 194).

3. Geschäftsordnung und zustimmungspflichtige Geschäfte:

a) Nach § 8 Abs 16 der neu gefassten Stiftungsurkunde sollen bestimmte Geschäfte und Rechtshandlungen des Stiftungsvorstands der vorherigen Konsultation und Zustimmung des Hauptstifters, sofern dieser verstorben oder geschäftsunfähig ist, der anderen in § 8 Abs 3 der Stiftungsurkunde genannten Personen (in sinngemäßer Anwendung dieser Bestimmung) oder des Beirats (sofern ein solcher eingerichtet ist) vorbehalten werden. Dabei soll es dem Hauptstifter (nach seinem Ableben oder bei Geschäftsunfähigkeit kommt dieses Recht dem Beirat zu, sofern ein solcher eingerichtet ist) freistehen, unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen eine Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand zu erlassen, wobei im Rahmen einer derartigen Geschäftsordnung auch die festgelegten zustimmungspflichtigen Geschäfte bzw Maßnahmen angepasst, erweitert oder - insbesondere bei geänderten Umständen - auch eingeschränkt werden können.

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

das Vermögen. Es ist erkennbarer Wille des Gesetzgebers gewesen, die Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands zu stärken und zulässige Einflussnahmen auf ihn einzuschränken.

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

d) Die Auffassung der Vorinstanzen, es müsse bereits in der Stiftungsurkunde der Umfang der Zustimmungsrechte abschließend definiert werden, kann sich nicht auf die Entscheidung 6 Ob 291/02s (= RdW 2003, 200) stützen. In dieser wird ausgeführt, Kontrollbefugnisse müssten - um eine Organstellung des damit betrauten Organs begründen zu können - in der Stiftungsurkunde geregelt werden. Um die Frage der Begründung der Organstellung des in der Stiftungsurkunde eingerichteten Beirats (vgl § 9 Abs 2 Z 4 PSG) geht es jedoch nicht. Es ist unstrittig, dass der in der Stiftungsurkunde eingerichtete Beirat aufgrund seiner Kompetenzen ein Organ der Privatstiftung ist (vgl zum Organbegriff *N. Arnold*, PSG² § 14 Rz 14a ff).

e) Es ist auch nicht der weiteren Begründung der Vorinstanzen zu folgen, die abschließende Definition des Umfangs der Zustimmungsrechte in der Stiftungsurkunde sei erforderlich, weil das Firmenbuchgericht bei der Prüfung des Eintragsbegehrens beurteilen können müsse, ob der Stiftungsvorstand

im Rahmen des gesetzlich Zulässigen dem Einfluss anderer Organe oder Personen unterworfen wird. Wenngleich das Fehlen einer inhaltlichen Determinierung des Vorbehalts der Änderung der Zustimmungsrechte durch eine Geschäftsordnung die abstrakte Möglichkeit einer weitgehenden Knebelung des Stiftungsvorstands eröffnet, so gibt diese Möglichkeit keinen Grund zur Ablehnung des Eintragungsbegehrens:

f) § 25 Abs 1 PSG legt im Zusammenhang mit den Aufgaben des Aufsichtsrats fest, dass für dessen Zustimmung zu bestimmten Geschäften der Privatstiftung § 95 Abs 5 AktG sinngemäß zu gelten habe. Nach dessen letztem Satz kann die Satzung oder der Aufsichtsrat anordnen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden sollen. Es ist herrschende Meinung, dass diese Anordnungen niemals so weit gehen dürfen, dass sie die dem Vorstand obliegende Geschäftsführung faktisch lahm legen (vgl etwa *Frotz* in *GedS* Schönherr, 145; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ 260; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ §§ 95-97 Rz 48 mwN; *N. Arnold*, PSG² § 14 Rz 34, 37, 38). Dagegen verstoßende Satzungsbestimmungen oder Aufsichtsratsbeschlüsse sind unwirksam; dies gilt im Besonderen, wenn sie sich zu der Anordnung versteigen, dass der Vorstand die Geschäfte nach Weisung des Aufsichtsrats führen müsste (vgl 1 Ob 57/49 = SZ 22/196; *Strasser*, aaO mwN). Eine Einschränkung des Kreises der einem Genehmigungsvorbehalt zu unterstellenden Beschlüsse schon in der Satzung wird im Aktiengesetz nicht verlangt.

Diese Grundsätze sind auch im Privatstiftungsrecht anzuwenden. Auch der Stiftungsvorstand darf nicht zum bloßen Vollzugsorgan degradiert werden (6 Ob 60/01v = RdW 2001, 406 = wbl 2002, 132; *N. Arnold*, PSG² § 14 Rz 30 mwN); eine abschließende Definition der zustimmungspflichtigen Geschäfte in der Stiftungsurkunde oder Stiftungszusatzurkunde verlangt das

Privatstiftungsgesetz nicht. Vor diesem Hintergrund begegnet § 8 Abs 16 der Neufassung der Stiftungsurkunde keinen Bedenken, weil zu weit gehende Beschlüsse des Hauptstifters oder des Beirats ohnehin nichtig wären. Die Revisionsrekurswerberin verweist in diesem Zusammenhang zutreffend auch darauf, dass Stifter bzw Beirat die entsprechenden Gestaltungen ausdrücklich „nur unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen“ vornehmen dürfen; diese würden aber die Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands gebieten; daher sei die Bestimmung dahin zu lesen, dass jede Änderung des Rahmens der zustimmungspflichtigen Geschäfte, die zu einer übermäßigen Einschränkung der Tätigkeit des Stiftungsvorstands führt, unzulässig und unwirksam sei.

g) Auch Überlegungen zu Gunsten des Schutzes des Rechtsverkehrs sprechen nicht gegen die Bestimmung der neu gefassten Stiftungsurkunde. So wie es zu § 95 Abs 5 AktG und § 30j Abs 5 GmbHG herrschende Auffassung ist (vgl die Nachweise bei *N. Arnold*, PSG² § 14 Rz 35 sowie § 25 Rz 29), dass der Umstand, wonach zustimmungspflichtige Geschäfte nicht ohne Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden „sollen“, lediglich eine Bindung im Innenverhältnis bedeutet, ist auch die zustimmungslose Vertretungshandlung des Stiftungsvorstands im Außenverhältnis wirksam; dieser ist insofern nicht beschränkt (*N. Arnold*, aaO Rz 35).

4. Besetzung des Beirats:

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

b) Ob die Unvereinbarkeitsregel des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG, wonach Begünstigte oder deren Angehörige nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen dürfen, auf ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ („aufsichtsratsgleicher oder aufsichtsratsähnlicher Beirat“) analog

anzuwenden ist (vgl zum Meinungsstand in dieser umstrittenen Frage *N. Arnold*, PSG² § 14 Rz 67 ff mwN), muss im Anlassfall nicht entschieden werden. Die neu gefasste Stiftungsurkunde enthält keine Besetzungsregel für den Beirat, die einer allfälligen Unvereinbarkeit gemäß § 23 Abs 2 Satz 2 PSG widerspräche. Da die Unvereinbarkeitsregel zwingendes Recht ist, muss sie in der Stiftungsurkunde nicht wiederholt werden, wenn man die analoge Anwendung dieser Bestimmung bejaht. Dass im Anlassfall die neu gefasste Stiftungsurkunde die in der geltenden Stiftungsurkunde festgelegte Besetzungsvorschrift, dass Begünstigte und ihre Angehörigen nicht die Mehrheit im Beirat stellen dürfen, nicht fortschreibt, ist daher kein Grund die Eintragung abzulehnen.

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

d) Ob ein Beirat als „weiteres Organ“ im Sinn des § 14 Abs 2 PSG ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ ist, bestimmt sich vorrangig nach dem in § 25 Abs 1 PSG dem Aufsichtsrat zugewiesenen Aufgabenkreis (*N. Arnold*, PSG² § 14 Rz 67), der den Kern der - erweiterbaren (§ 25 Abs 4 PSG), aber nicht entziehbaren (*N. Arnold*, aaO § 22 Rz 22) - Kompetenzen des Aufsichtsrats umschreibt. Der in der Neufassung der Stiftungsurkunde eingerichtete Beirat ist - gemessen an § 25 Abs 1 PSG - nach Umfang und Inhalt seiner Überwachungs- und Zustimmungsrechte (s zB § 8 Abs 16 lit i-t; § 9 Abs 1 der Stiftungsurkunde) ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ (vgl ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP 29 zu § 23 Abs 3 PSG).

e) Nach § 23 Abs 2 Satz 1 PSG dürfen die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht zugleich dem Stiftungsvorstand angehören. Diese Gesetzesstelle normiert ein absolutes Bestellungsverbot (*Ch. Nowotny* in

Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch zum PSG, 168; *Wessely* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 23 Rz 14; *N. Arnold*, aaO § 23 Rz 12). Die Bestimmung ist mit den Unvereinbarkeitsregelungen des § 90 Abs 1 AktG und § 30e Abs 1 GmbHG vergleichbar. Im Recht der Kapitalgesellschaften hat der Gesetzgeber damit ein Gesellschaftsverwaltungssystem verwirklicht, das in strengem Gegensatz zum sogenannten Board- oder Verwaltungsratssystem steht (*Strasser* in *Strasser/Jabornegg*, AktG4 Vor §§ 86 - 99 Rz 5 mwN). § 90 Abs 1 AktG ist das vom Gesetzgeber ausdrücklich genannte Vorbild des § 23 Abs 2 Satz 1 PSG (ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP 28). Wie die vergleichbaren Regelungen bezweckt sie die strikte personelle Trennung von Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan, weil sonst der Aufsichtsrat seine eigene Verwaltung kontrollieren würde und sich niemand selbst kontrollieren soll (vgl. *N. Arnold*, aaO § 23 Rz 11 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 30e Rz 1 mwN; vgl. *Strasser* in *Strasser/Jabornegg*, AktG4 Vor §§ 86 - 99 Rz 5 und § 90 Rz 3; 6 Ob 27/94 = SZ 67/233).

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

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

Nach Auffassung des erkennenden Senats ist eine Doppelmitgliedschaft im Stiftungsvorstand und in einem dem Aufsichtsrat gerade wegen seiner ihm zugewiesenen Kontrollfunktionen vergleichbaren Organ („Beirat“) analog zu § 23 Abs 2 Satz 1 PSG nicht zulässig. Die Analogie zum geregelten Fall ist nach dem Zweck der Unvereinbarkeitsregel und der ihr zugrundeliegenden Intention des Gesetzgebers, die auch auf den nicht

geregelten Fall zutreffen, geboten (vgl. *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 14 Rz 22; *G. Nowotny* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen, 162 f; *S. Schmidt* in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 200).

f) *N. Arnold* (PSG² § 14 Rz 90) und *Keller* (Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht, 94) meinen, das Prinzip, dass Mitglieder eines Kontrollorgans nicht gleichzeitig Mitglieder des kontrollierten Organs sein sollen, könne ein generelle Unzulässigkeit nicht begründen, weil sich im Fall eines Interessenkonflikts das betroffene Mitglied des Beirats der Stimme zu enthalten habe. Dies überzeugt nicht. Die Überlegung träfe ja auch auf den Aufsichtsrat zu. Für diesen hat aber der Gesetzgeber die strikte personelle Trennung angeordnet.

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

Gegen eine analoge Anwendung der Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 25 Abs 2 PSG führt *N. Arnold* (aaO § 14 Rz 69) ferner ins Treffen, dass der Gesetzgeber bei der Regelung des § 23

PSG in dessen dritten Absatz ganz bewusst an aufsichtsratsähnliche Beiräte gedacht habe, die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 23 Abs 2 PSG aber auf diese gerade nicht erweitert habe. § 23 Abs 3 PSG bestimmt, dass Mitglied des Aufsichtsrats nicht sein kann, wer in zehn Privatstiftungen Mitglied des Aufsichtsrats oder eines vergleichbaren Organs ist. Den Gesetzesmaterialien (ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP 29) ist nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die Anwendung von § 23 Abs 2 Satz 1 PSG auf ein dem Aufsichtsrat „vergleichbares Organ“ bewusst nicht wollte. Ein gegen die Gründe der analogen Anwendung von § 23 Abs 2 Satz 1 PSG durchschlagendes Argument lässt sich demnach aus den Regelungen des § 23 Abs 2 und 3 PSG nicht gewinnen, zumal § 23 Abs 3 PSG nicht in die Form einer Unvereinbarkeitsregel gefasst ist. Weiter meint *N. Arnold* (aaO § 14 Rz 72), die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 23 Abs 2 PSG dienen vorrangig der Absicherung der Arbeitnehmermitbestimmung. Soweit er sich dabei auf die Entscheidung 6 Ob 217/05p (= SZ 2005/176 = GeS 2006, 121 [*N. Arnold*]) beruft, deckt diese Entscheidung seine Auffassung nicht. Sie hält nur fest, dass im Privatstiftungsrecht der Gesetzgeber mit der Aufsichtsratspflicht vornehmlich die Ermöglichung der Arbeitnehmermitbestimmung verfolgt. Wie das Verbot der Doppelmitgliedschaft in Stiftungsvorstand und Aufsichtsrat der Absicherung der Arbeitnehmermitbestimmung dienen können soll, ist nicht erkennbar.

g) Da im Anlassfall eine Doppelmitgliedschaft im Stiftungsvorstand und im Beirat nicht zulässig ist, es daher keinen Fall der Zulässigkeit gibt und die Formulierung „soweit gesetzlich zulässig“ in § 9 Abs 1 letzter Satz der Neufassung der Stiftungsurkunde ohne Anwendungsbereich ist, haben die Vorinstanzen, soweit sie sich auf die Unzulässigkeit dieser Satzungsregelung stützten, das Eintragungsbegehren letztlich zu Recht abgelehnt, weshalb dem Revisionsrekurs ein Erfolg zu versagen war.