

Wichtige Gründe für die Abberufung von Vorstandsmitgliedern

1. Das Firmenbuchgericht hat bei einer Privatstiftung bei der Anmeldung der Abberufung von Vorstandsmitgliedern eine amtswegige Prüfung vorzunehmen, die sich im Wesentlichen darauf beschränken kann, ob ein Abberufungsgrund schlüssig dargelegt wurde und die dem Eintragungsgesuch zugrunde liegenden Tatsachen glaubwürdig sind. PSG: §§ 15, 27
OGH 12.01.2012,
6 Ob 101/11 p
2. Auch Interessenkollisionen, die (noch) nicht den Grad einer Unvereinbarkeit nach § 15 PSG erreichen, können einen wichtigen Grund für die Abberufung eines Organmitglieds bilden, wenn dadurch die Verfolgung des Stiftungszwecks nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet ist. Es ist kein strenger Maßstab zugrunde zulegen.
3. Nur ein Mandatsverhältnis zwischen Stiftungsvorstand und einem Begünstigten (und anderen von § 15 Abs 2 und 3 PSG erfassten Personen), das zu einer Kollision mit Interessen der Stiftung oder anderer Begünstigter führt, kann zu einer Unvereinbarkeit nach § 15 Abs 3a PSG führen.
4. Es hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, ob ein Mandatsverhältnis eines Stiftungsvorstandsmitglieds zu einer der Privatstiftung gehörenden oder von ihr beherrschten Gesellschaft die Belange der Privatstiftung gefährdet oder ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar macht.
5. Thesaurierungsentscheidungen der Privatstiftung als Gesellschafter einer GmbH (und dadurch geringere Zuwendungen an die Begünstigten) bilden weder eine grobe Pflichtverletzung noch sonst einen wichtigen Abberufungsgrund, wenn sie dem Stiftungszweck und der bisherigen Praxis der Privatstiftung entsprechen.

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass der Beschluss des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die Privatstiftung ist schuldig, den Revisionsrekurswerbern die mit 3.759,25 EUR (davon 626,54 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Begründung:

Im Firmenbuch des Erstgerichts ist seit 31. 12. 2008 die von G***** K***** errichtete G***** K***** Privatstiftung, eine Privatstiftung auf den Todesfall, eingetragen. Der Stifter ist am 14. 7. 2007 verstorben. Die Stiftungsurkunde lautet in ihrer aktuellen Fassung vom 5. 7. 2005 auszugsweise:

Viertens: Stiftungszweck

Zweck dieser Stiftung ist die Erhaltung der der Stiftung übertragenen

Gesellschaften, Gesellschaftsanteile sowie des Liegenschaftsvermögens, wobei allfällige Erträge aus diesem Unternehmen beziehungsweise aus der gestifteten Liegenschaft den tieferstehend angeführten Begünstigten im dort bezeichneten Verhältnis zukommen soll.

Siebentens: Stiftungsvorstand - Aufträge an den Stiftungsvorstand

*Zum ersten Stiftungsvorstand berufe ich die unter Punkt Sechstens Bezeichneten, Herrn Doktor C***** S***** und Herrn*

G**** S****, wobei dem Stiftungskurator sodann die Bestellung eines dritten Vorstandsmitglieds obliegt.

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

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

Achtens: Stiftungsbegünstigte

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

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

Zehntens: Auflösung und Abwicklung

Wie bereits unter Punkt Viertens und Siebentens angeführt, ist der Zweck dieser Stiftung die Erhaltung der von mir geführten Unternehmen beziehungsweise die Erhaltung der Geschäftsanteile an Unternehmen, an denen ich beteiligt bin. (...).

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

Begünstigte der Privatstiftung sind S**** K****, D**** K**** und der am 7. 9. 2005 geborene A**** H**** G**** K****.

Der Stiftungsvorstand beschloss unter Berufung auf die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs 6 Ob 42/09h und 6 Ob 145/09f am 12. 5. 2010, dass der zweite Absatz des Punktes 7. der Stiftungsurkunde ersatzlos entfällt. Aufgrund des Antrags des Stiftungsvorstandes vom 20. 5. 2010 genehmigte das Erstgericht mit Beschluss vom 16. 11. 2010 die Änderung der Stiftungsurkunde. Mit Beschluss vom 18. 11. 2010 bewilligte es die vom Stiftungsvorstand beantragte Eintragung der Änderung der Stiftungsurkunde im Firmenbuch. In Stattegebung der Rekurse der Begünstigten änderte das Rekursgericht mit Beschluss vom 14. 2. 2011 die Beschlüsse des Erstgerichts im antragsabweisenden Sinn ab.

Am 27. 5. 2011 fassten die Begünstigten D**** K**** und S**** K**** - diese im eigenen Namen und im Namen ihres begünstigten Sohnes A**** K**** als dessen gesetzliche Vertreterin - den (einstimmigen) schriftlichen Beschluss auf Abberufung aller Mitglieder des Stiftungsvorstandes aus wichtigem Grund und die Bestellung von Mag. D**** K****, Mag. G**** B**** und Mag. F**** S**** zu Mitgliedern des Stiftungsvorstandes. Ihren Abberufungsbeschluss begründeten sie im Wesentlichen wie folgt:

Das aufrechte Vollmachtsverhältnis zwischen Dr. W**** L**** und dem minderjährigen Begünstigten im Verlassenschaftsverfahren nach dem Stifter begründe nach der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 6 Ob 145/09f eine Unvereinbarkeit gemäß § 15 Abs 2 PSG. Dr. C**** S**** unterliege als jahrzehntelanger Rechtsvertreter des Stifters in allen Privat- und Firmenangelegenheiten, damit auch der der Privatstiftung gehörenden operativen Gesellschaften, einer wesentlichen Interessenkollision. Dies gelte ebenso für

G**** S****, der jahrzehntelang Steuerberater des Stifters und aller Inlandsgesellschaften gewesen sei. Auch Dr. W**** L**** sei jahrzehntelang für die Unternehmen der K****-Gruppe tätig gewesen. Alle drei seien nach wie vor für die Unternehmen der K****-Gruppe tätig und seit langen Jahren mit den Geschäftsführern der Unternehmen persönlich bekannt. Der Stiftungsvorstand habe die Gesellschafterrechte an der K**** Holding GmbH und mittelbar auch in der G. K**** E**** GmbH besonders sorgfältig und unbeeinflusst auszuüben und die Geschäftsführung dieser Gesellschaften genau zu überwachen. Diese Verpflichtung stehe in einem Konflikt mit der Tätigkeit als langjährige Auftragnehmer der Gesellschaften. Die Stiftungsvorstände erhielten laufend geschäftliche Aufträge von den Geschäftsführern dieser Gesellschaften, hätten diese aber in ihrer Funktion als Eigentümervertreter auch zu überwachen und ihnen erforderlichenfalls Weisungen zu erteilen. Dieser Interessenkonflikt führe zwangsläufig dazu, dass der Stiftungsvorstand zur Erfüllung seiner Aufgaben mit der gebotenen Unabhängigkeit nicht in der Lage sei. Darüber hinaus entspreche der Stiftungsvorstand nicht seiner Verpflichtung, die Bilanzgewinne der Unternehmen an die Privatstiftung auszuschütten. Eine Thesaurierung der Gewinne der beiden Gesellschaften (kumulierter, ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn zum 31. 3. 2009: in der G. K**** E**** GmbH über 8,7 Mio EUR, in der K**** Holding GmbH über 16,5 Mio EUR) sei zur Erhaltung und Absicherung der Gesellschaften nicht erforderlich. Die Privatstiftung werde durch die Nichtausschüttung der Gewinne geschädigt. Die Ankündigung des Stiftungsvorstandes, nur einen geringen Teil der Erträge an die Begünstigten auszuschütten, widerspreche dem Stiftungszweck und dem Stifterwillen. Der Beschluss des Stiftungsvorstandes, Punkt 7. der Stiftungsurkunde durch Entfall des zweiten Absatzes zu ändern, sei unbegründet. Der Stiftungsvorstand habe die Auskunftsrechte der Begünstigten dadurch verletzt, dass er konkret gestellte Fragen in seinem

Antwortschreiben vom 14. 5. 2010 nicht beantwortet habe.

Mit Eingabe vom 27. 5. 2010 beantragten die neu bestellten Mitglieder des Stiftungsvorstands ihre Eintragung in das Firmenbuch und die Löschung der abberufenen Mitglieder im Firmenbuch. Sie legten den schriftlichen Beschluss der Begünstigten vom 27. 5. 2010 vor.

Die abberufenen Mitglieder des Stiftungsvorstands beantragten die Abweisung der Anträge, hilfsweise die Unterbrechung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Beendigung des Prozesses über die von ihnen am 15. 7. 2010 eingebrachte Klage auf Unwirksamklärung des Abberufungs- und des Bestellungsbeschlusses. Die Abberufung rechtfertigende Gründe lägen nicht vor. Sie brachten unter anderem vor, dass insbesondere auch der Umsatzeinbruch im Geschäftsjahr 2009/10 von rund 50 % deutlich mache, wie wesentlich die Eigenkapitalausstattung der Gesellschaften der Stiftung zur Erreichung des Stiftungszwecks - Erhaltung und Entwicklung der Gesellschaften für möglichst lange Zeit - sei. Die Stiftungserklärung sehe lediglich vor, dass allfällige Erträge den Begünstigten zukommen sollen. Aus der Gesamtschau der Stiftungserklärung werde deutlich, dass nur jene Beträge zuwendungsfähige Erträge sein könnten, die für die bestmögliche Entwicklung der Unternehmensgruppe nicht benötigt würden. Die Stiftung wende jedem Begünstigten monatlich 5.900 EUR netto zu.

Mit Beschluss des Bezirksgerichts Traun vom 30. 7. 2010 wurde ein Rechtsanwalt zum Kollisionskurator des minderjährigen Begünstigten A***** K***** zu dessen Vertretung im Zusammenhang mit seinen Angelegenheiten als Begünstigter der Privatstiftung bestellt. Das Pflschaftsgericht genehmigte mit Beschluss vom 20. 10. 2010 das Vorhaben des Kollisionskurators, dem Beschluss der beiden anderen Begünstigten vom 27. 5. 2010 nicht zuzustimmen.

Am 8. 11. 2010 fassten - „um eine allfällige Unwirksamkeit des genannten Beschlusses vom 27. 5. 2010 zu sanieren“ - die Begünstigten D***** K***** und S***** K***** gegen die

Stimme des vom Kollisionskurator vertretenen minderjährigen Begünstigten den Beschluss, die Mitglieder des Stiftungsvorstands Dr. W***** L*****, Dr. C***** S***** und G***** S***** mit sofortiger Wirkung aus wichtigen Gründen abzurufen und die am 27. 5. 2010 zu Mitgliedern des Stiftungsvorstands bestellten Personen „mit Wirkung zum heutigen Tag“ zu Vorstandsmitgliedern zu bestellen.

Am 8. 11. 2010 legten die abermals bestellten Mitglieder des Stiftungsvorstands dem Erstgericht den Beschluss der Begünstigten vom selben Tag vor, mit dem der Beschluss vom 27. 5. 2010 wiederholt worden sei, um dessen allfällige Unwirksamkeit zu vermeiden bzw zu sanieren.

Das Erstgericht wies die Eintragungsanträge vom 27. 5. 2010 ab. Eine Grobprüfung führe zu dem Ergebnis, dass die Vertretung des minderjährigen Begünstigten durch den Stiftungsvorstand Dr. W***** L***** in einem Verlassenschaftsverfahren der Ausübung der Vorstandsfunktion nicht entgegen stehe, weil Dr. L***** nicht die Wahrung der Interessen des Begünstigten in der Privatstiftung übernommen habe. Die Ausübung der Vorstandsfunktion durch Personen, die jahrelang Rechtsvertreter des verstorbenen Stifters bzw seiner Gesellschaften gewesen seien, könne nur von Vorteil für die Privatstiftung sein, weil der Stiftungszweck ausschließlich in der Erhaltung der der Stiftung übertragenen Gesellschaften, Geschäftsanteile und des Liegenschaftsvermögens bestehe. Dem Vorwurf der Interessenkollision aufgrund der Vertretungs- und Beratungstätigkeit der Vorstandsmitglieder könne „aus den vorliegenden Darstellungen“ nicht gefolgt werden, sodass der Vorwurf (derzeit) keinen Abberufungsgrund darstelle. Die Überprüfung, inwieweit eine Thesaurierung der Gewinne der Gesellschaften aus wirtschaftlichen Gründen zur Erhaltung und Absicherung der Unternehmen gerechtfertigt ist, gehe über eine Grobprüfung hinaus und habe im streitigen Verfahren zu erfolgen. Jedoch sei mit Sicherheit davon auszugehen, dass mit der von den Begünstigten geforderten Ausschüttung der gesamten über 25 Jahre vorgetragenen Gewinne der Gesellschaften in Höhe von

über 25 Mio EUR der Stiftungszweck nicht oder nur schwer zu erreichen sei. Die vorliegenden Unterlagen vermittelten den Eindruck, dass die Verfolgung des Stiftungszwecks für die Begünstigten nur zweitrangig sei.

Das Rekursgericht hob über Rekurs der neu bestellten Vorstandsmitglieder diesen Beschluss auf und verwies die Firmenbuchsache zur neuerlichen Entscheidung nach Durchführung eines Verbesserungsverfahrens an das Erstgericht zurück. Die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Abberufung von Vorstandsmitgliedern sei im streitigen Rechtsweg mittels Anfechtungsklage oder Feststellungsklage zu klären. Das Firmenbuchgericht habe das Ausscheiden des Vorstandsmitglieds ohne weitere Prüfung des Abberufungsgrundes einzutragen. Aber selbst eine Grobprüfung zur Ermittlung offensichtlich unsachlicher Abberufungsgründe könne die Abweisung der Eintragungsanträge nicht rechtfertigen. Im Hinblick auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 6 Ob 145/09f zur Erstreckung des § 15 Abs 2 und 3 PSG auf Vertreter der Begünstigten könne nicht von offensichtlich unsachlichen Erwägungen ausgegangen werden, die der Abberufung des Vorstandsmitglieds Dr. L***** zugrunde gelegen seien. Das gelte gleichermaßen für die behauptete Vertretung von der Privatstiftung gehörenden Gesellschaften durch die Vorstandsmitglieder Dr. S***** und S*****, seien doch in einem solchen Fall Kollisionen zwischen Vorstandsinteressen und den Interessen der Vertretenen nicht auszuschließen. Keinesfalls sei aufgrund einer bloßen Grobprüfung beurteilbar, ob die Abberufenen durch die ihnen angelastete Nichtausschüttung von Erträgen der Gesellschaften in die Privatstiftung Vorstandspflichten verletzt. Auch die im Abberufungsbeschluss behauptete Verletzung des Auskunftsanspruchs der Begünstigten könne einen wichtigen Enthebungsgrund bilden. Da in diesem Beschluss keine offensichtlich unsachlichen Abberufungsgründe geltend gemacht worden seien und Verhaltensweisen auch in ihrer Gesamtheit einen wichtigen Abberufungsgrund darstellen können, seien die Eintragungsanträge nicht

abzuweisen. Die Änderung der Stiftungserklärung durch die Abberufenen am 12. 5. 2010 sei der Beschlussfassung der Begünstigten nicht entgegen gestanden, weil die konstitutiv wirkende Eintragung der Änderung in das Firmenbuch erst mit dem Beschluss des Erstgerichts vom 18. 11. 2011 bewilligt worden sei und der Eintragungsantrag schließlich vom Rekursgericht abgewiesen worden sei. Die Sache sei noch nicht spruchreif. Den Anmeldern, die ihre Eingabe auf den nicht rechtswirksam zustande gekommenen Beschluss vom 27. 5. 2010 stützten und den Beschluss vom 8. 11. 2010 dem Erstgericht nur vorlegten, sei Gelegenheit zur Erklärung zu geben, ob sie ihre Anmeldung weiterhin auf den Beschluss vom 27. 5. 2010 oder auf den zur Sanierung gefassten Beschluss vom 8. 11. 2010 stützen. In letzterem Fall seien - im Einzelnen genannte - Verbesserungsaufträge zu erteilen.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil höchstgerichtliche Judikatur zur Frage der analogen Anwendbarkeit des § 75 Abs 4 vierter Satz AktG im Recht der Privatstiftung bei einem Antrag auf Löschung von Vorstandsmitgliedern infolge Abberufung aus wichtigem Grund und zum Erfordernis einer Grobprüfung und ihrer Kriterien fehle. Höchstgerichtlich sei die Frage einer Bindung innerhalb der Privatstiftung an die Änderung der Stiftungserklärung vor der Eintragung in das Firmenbuch noch nicht entschieden.

Rechtliche Beurteilung

Der ordentliche Revisionsrekurs der abberufenen Vorstandsmitglieder der Privatstiftung ist zulässig; er ist auch berechtigt.

1. Ein abberufenes Mitglied des Vorstands einer Privatstiftung ist im Verfahren zu seiner Löschung im Firmenbuch rechtsmittellegitimiert (6 Ob 195/10k JBl 2011, 321 [Karollus] = ecolex 2011/176 [Rizzi] = GesRZ 2011, 239 [Torggler] = ZfS 2011, 68 [Kalss] = Hochedlinger, PSR 011/16, 52).

2. Nach § 14 Abs 3 PSG idF BBG 2011, BGBl I 2010/111, können Begünstigte in einem Beirat der Privatstiftung an der Entscheidung über die Abberufung des Stiftungsvorstands oder eines seiner

Mitglieder mitwirken: Für derartige Entscheidungen ist eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich; hat das Organ weniger als vier Mitglieder, so ist die Stimmeneinhelligkeit erforderlich. Soll in einem solchen Fall der Stiftungsvorstand oder eines seiner Mitglieder aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG angeführten Gründen abberufen werden, so darf Begünstigten, deren Angehörigen (§ 15 Abs 2 PSG) und Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Beirat beauftragt wurden, bei dieser Entscheidung insgesamt nicht die Mehrheit der Stimmrechte zustehen (§ 14 Abs 4 idF BBG 2011). Die Änderung ist am 31. 12. 2010 in Kraft getreten und im vorliegenden Verfahren - so zutreffend das Rekursgericht - noch nicht anwendbar. Gegenteiliges geht entgegen der Meinung der Rechtsmittelwerber aus der Entscheidung 6 Ob 195/10k nicht hervor. Darin wurde lediglich ausgesprochen, dass die der Novellierung zugrundeliegende Wertung auch schon auf Altfälle anzuwenden ist, sodass eine Abberufungskompetenz eines Beirats, mag dieser auch mit Begünstigten besetzt sein, als solche noch keinen Bedenken begegnet.

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

3.2. Von dieser Entscheidung ist der Oberste Gerichtshof mit ausführlicher Begründung und nach Auseinandersetzung mit dem Schrifttum in 6 Ob 195/10k teilweise abgegangen. Nach dieser jüngsten Rechtsprechung, an der festzuhalten ist, hat das Firmenbuchgericht bei einer Privatstiftung - anders als bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH - bei der Anmeldung der Abberufung von Vorstandsmitgliedern eine amtswegige Prüfung vorzunehmen,

die sich im Wesentlichen darauf beschränken kann, ob ein Abberufungsgrund schlüssig dargelegt wurde und die dem Eintragungsgesuch zugrunde liegenden Tatsachen glaubwürdig sind. Die Prüfbefugnis ist nicht auf das Aufgreifen einer offensichtlichen Unzulässigkeit beschränkt. Allerdings darf die Prüfungspflicht nicht überspannt werden. Die Pflicht zu einer weiteren Prüfung besteht aber jedenfalls dann, wenn Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Gesuch zugrundeliegenden Tatsachen bestehen. Abberufungsgründe sind jedenfalls die in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten.

3.3. Wichtige Gründe iSd § 27 Abs 2 PSG sind - außer grober Pflichtverletzung (Z 1) und Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben (Z 2) - alle bedeutsamen Umstände, die die Belange der Privatstiftung gefährden oder ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar machen (RIS-Justiz RS0059403 [T3]). Dabei können auch Interessenkollisionen, die (noch) nicht den Grad einer Unvereinbarkeit nach § 15 PSG erreichen, einen wichtigen Grund für die Abberufung eines Organmitglieds bilden, wenn dadurch die Verfolgung des Stiftungszwecks, insbesondere bei Vollziehung der vom Stifter vorgesehenen Begünstigtenregelung oder das sonstige ordnungsgemäße Funktionieren der internen Kontrollsysteme nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet ist (RIS-Justiz RS0114598). Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist immer unter dem Gesichtspunkt des Funktionierens der Privatstiftung, letztlich unter dem Gesichtspunkt zu sehen, ob die Verfolgung des Stiftungszwecks mit ausreichender Sicherheit in der Zukunft gewährleistet ist (RIS-Justiz RS0112248). Mit Rücksicht auf die bei der Privatstiftung fehlenden Kontrollmechanismen ist bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, kein strenger Maßstab zugrunde zulegen. Die „Verselbständigung“ des Vermögens, die fehlende Kontrolle durch Eigentümer und das Nichtvorhandensein von Gesellschaftern erfordern - sowohl im öffentlichen Interesse als auch im Interesse der Stiftung selbst - eine funktionsfähige Organisation und deren effiziente Kontrolle, um die Gefahr von

Missbrauch oder Schädigung hintanzuhalten und um die Erfüllung des Stifterwillens zu gewährleisten (RIS-Justiz RS0112248 [T2]).

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

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

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

Unvereinbarkeit von Stiftungsvorstands- und Beratungsmandat, ZfS 2010, 43; Ch. Nowotny, RdW 2010, 747).

In der Entscheidung 6 Ob 145/09f hat der Oberste Gerichtshof die Unvereinbarkeitsbestimmungen für den Stiftungsvorstand auch auf „Vertreter der Begünstigten“ erstreckt, „jedenfalls für ein aufrechtes Vollmachtsverhältnis“. In Reaktion darauf normiert der durch das BBG 2011 eingefügte, am 31. 12. 2010 in Kraft getretene § 15 Abs 3a PSG: „Abs 2 und Abs 3 sind auch auf Personen anzuwenden, die von Begünstigten, deren Angehörigen (Abs 2) oder in Abs 3 genannten ausgeschlossenen Personen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Stiftungsvorstand beauftragt wurden.“ Mit dieser Ergänzung soll den Materialien zufolge eine notwendige Klarstellung geschaffen werden (ME 233 BlgNR 24. GP 25; krit Ch. Nowotny, RdW 2010, 747). Demnach begründete das Mandatsverhältnis zwischen dem minderjährigen Begünstigten und dem Vorstandsmitglied Dr. L***** zur Vertretung im Verlassenschaftsverfahren nach dem Stifter keine Unvereinbarkeit nach § 15 PSG.

Aber auch vor dem Hintergrund der Entscheidung 6 Ob 145/09f bewirkte dieses Mandatsverhältnis weder eine Unvereinbarkeit noch bildet es einen wichtigen, für eine Abberufung hinreichenden Grund. Betrachtet man die oben wiedergegebenen Passagen der Entscheidung nicht isoliert, sondern mit den weiteren Ausführungen zu einem Bestellungshindernis unter dem Blickwinkel eines Abberufungsgrundes nach § 27 Abs 2 (Punkte 4.5. bis 4.9. der Entscheidung), so sagt sie - weiter als nunmehr § 15 Abs 3a PSG normiert - im Kern aus, dass nur ein Mandatsverhältnis zwischen Stiftungsvorstand und einem Begünstigten (und anderen von § 15 Abs 2 und 3 PSG erfassten Personen) schädlich ist, das zu einer Kollision mit Interessen der Stiftung oder anderer Begünstigter führen könnte (vgl Ch. Nowotny, RdW 2010, 747). Allein der Umstand, dass das notarielle Vorstandsmitglied den minderjährigen Begünstigten im Verlassenschaftsverfahren nach dem Stifter vertrat/vertritt, lässt einen möglichen Interessenkonflikt mit der Privatstiftung oder anderen Begünstigten

nicht erkennen. Im erstgerichtlichen Verfahren wurden keine weiteren Gründe angeführt, aus denen abgeleitet werden könnte, dass die Vertretungstätigkeit des Notars in der Nachlassangelegenheit zu Interessenkonflikten führen könnte. Auf die in der Revisionsrekursbeantwortung der neu bestellten Vorstandsmitglieder enthaltenen Neuerungen ist wegen deren Unzulässigkeit (§ 66 Abs 2 AußStrG) nicht einzugehen.

4.3. In der Gesellschaft mbH herrscht grundsätzlich das Vollausschüttungsgebot. Es ist der jeweils anfallende Bilanzgewinn im vollen Umfang an die Gesellschafter auszuschütten, sofern nicht die Verteilung des Bilanzgewinns aufgrund des Gesellschaftsvertrags oder eines Gesellschafterbeschlusses ausgeschlossen ist (vgl § 82 Abs 1 GmbHG; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 10; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 26). Sofern die Gewinnverwendung von einer Entscheidung der Gesellschaft abhängt, ist dafür die Gesellschafterversammlung zuständig (§ 35 Abs 1 Z 1 GmbHG; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 10; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 26). Die Privatstiftung ist Alleingesellschafterin der Holding Gesellschaft mbH, die wiederum Alleingesellschafterin der operativen Gesellschaft mbH ist. Die Anmelder haben behauptet, in den Gesellschaftsverträgen der beiden Gesellschaften mbH fehlten Bestimmungen, dass sich die Gesellschafter einen Gewinnverwendungsbeschluss vorbehalten haben. Sieht der Gesellschaftsvertrag keinen Gewinnverteilungsbeschluss vor, ist zwar ex lege der gesamte Gewinn an die Gesellschafter auszuschütten (Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 26), doch ist die Entscheidung des Alleingesellschafters, den Bilanzgewinn oder Teile davon nicht zu entnehmen, kein rechtswidriger Verstoß gegen das gesetzliche Ausschüttungsgebot. Es muss dem Alleingesellschafter nämlich unbenommen bleiben, wie er den auszuschüttenden Bilanzgewinn verwendet. Ausgehend von den Behauptungen der Anmelder und dem Zeitpunkt der Eintragung der Privatstiftung war es offensichtlich schon langjährige Praxis des Stifters als

(mittelbarer) Alleingesellschafter, Bilanzgewinne oder Teile davon zu thesaurieren. Die Rechtsmittelwerber haben im Verfahren erster Instanz auch dargetan, dass der Umsatz im Geschäftsjahr 2009/10 um rund 50 % eingebrochen ist. Unter diesen Aspekten und unter Beachtung des Stiftungszwecks bildet die zur Begründung der Abberufung herangezogene Thesaurierungsentscheidung des Stiftungsvorstands als Vertreter der erst seit 31. 12. 2008 existierenden Privatstiftung als (mittelbarer) Alleingesellschafterin unter Zugrundelegung des Anmeldervorbringens keine grobe Pflichtverletzung iSd § 27 Abs 2 Z 1 PSG noch sonst einen wichtigen Abberufungsgrund. Zweck der von ihm geleiteten Privatstiftung ist jedenfalls auch die Erhaltung der beiden Gesellschaften. Dass die Thesaurierungsentscheidung des Stiftungsvorstands auch im Hinblick auf diesen Zweck nicht im Rahmen des kaufmännisch/unternehmerisch Vertretbaren lag, haben die Anmelder nicht schlüssig dargetan. In dem vorgelegten Abberufungsbeschluss wird bloß ausgeführt, dass eine Thesaurierung der (zuvor genannten) Gewinne in den jeweiligen Gesellschaften „aus wirtschaftlichen Gründen zur Erhaltung und Absicherung der Unternehmen nicht erforderlich“ ist, „wo doch diese Gesellschaften über keine Bankverbindlichkeiten verfügen“. Abgesehen davon, dass Letzteres wohl Folge der auf der Thesaurierung beruhenden Eigenfinanzierungskraft ist, fehlt jede Angabe konkreter Umstände, aus denen sich ableiten ließe, dass eine (Fortsetzung der) Thesaurierung „aus wirtschaftlichen Gründen zur Erhaltung und Absicherung der Unternehmen nicht erforderlich“ war.

4.4. Die Abberufung wurde auch darauf gegründet, dass die Verpflichtung des Stiftungsvorstands, die Gesellschafterrechte in der K***** Holding GmbH und mittelbar auch in der G. K***** E***** GmbH besonders sorgfältig und unbeeinflusst und die Geschäftsführung dieser Gesellschaften genau zu überwachen, in einem evidenten Konflikt mit der Tätigkeit der Mitglieder des Stiftungsvorstands als langjährige und dauernde Auftragnehmer dieser

Gesellschaften stünde. Die Mitglieder des Stiftungsvorstands erhielten laufend geschäftliche Aufträge von den Geschäftsführern dieser Gesellschaften, müssten diese aber in ihrer Funktion als Eigentümervertreter überwachen und ihnen erforderlichenfalls auch Weisungen erteilen. Dieser Interessenkonflikt müsse zwangsläufig dazu führen, dass der Stiftungsvorstand nicht in der Lage sei, seine Aufgaben als Stiftungsvorstand vollständig und mit der gebotenen Unabhängigkeit zu erfüllen.

Die behauptete Zwangsläufigkeit der Beeinträchtigung in der Erfüllung der Aufgaben als Stiftungsvorstand ist aus einem laufenden Mandatsverhältnis der Stiftungsvorstandsmitglieder allein im Anlassfall nicht ableitbar. Formell sind nämlich die Geschäftsführer vom Stiftungsvorstand abhängig, der sie als Vertreter des Gesellschafters durch Gesellschafterbeschluss jederzeit als Geschäftsführer abberufen kann (§ 16 Abs 1 GmbHG) und der ihnen gegenüber weisungsbefugt ist (§ 20 Abs 1 GmbHG; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 9).

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

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

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 15 Abs 1 FBG iVm § 78 AußStrG. Die neu bestellten Vorstandsmitglieder schritten als zur Anmeldung berufene (§ 15 Abs 5 PSG) Organwalter der Privatstiftung ein, deren Angelegenheiten die begehrten Eintragungen betreffen, sodass sie die Kostenschuldnerin ist.