

Zur Aufsichtsratsähnlichkeit eines begünstigtendominierten Beirates und Fehlen von Mindestfunktionsperioden sowie Mehrfachstimmrecht

Der Stifter kann sich als Mitglied des Stiftungsvorstands ein Mehrfachstimmrecht und das Dirimierungsrecht vorbehalten. Die Anwendbarkeit der Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 23 Abs 2 PSG auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat ist abzulehnen. Begünstigte dürfen daher im Beirat selbst dann die Mehrheit haben, wenn dieser den Stiftungsvorstand bestellt und abberuft. Eine Mindestfunktionsperiode muss nicht vorgesehen werden.

PSG: §§ 14, 15, 23, 27, 28
OLG Wien 31.5.1999, 28 R 244/98 b

Mit Notariatsakt vom 8. 7. 1998 errichtete der Stifter eine Privatstiftung auf unbestimmte Zeit. Der Stifter bestellte sich und zwei Wiener Rechtsanwälte zu Mitgliedern des dreiköpfigen Stiftungsvorstands, dessen Vorsitzender der Stifter selbst sei. Die Stiftungsurkunde sah vor, dass die Privatstiftung keinen Aufsichtsrat hätte.

Die Privatstiftung würde durch zwei Mitglieder des Stiftungsvorstands gemeinsam vertreten werden, es sei denn, der Beirat beschließe, einzelnen Mitgliedern des Stiftungsvorstands Einzelvertretungsbefugnis zu erteilen.

Zu Lebzeiten des Stifters würden die Vorstandsmitglieder von ihm, nach seinem Ableben vom Beirat bestellt und abberufen werden. Die Bestellung zum Mitglied des Stiftungsvorstands oder die Ernennung zum Vorsitzenden oder Stellvertreter des Vorsitzenden des Stiftungsvorstands könne vorzeitig nur aus wichtigem Grund widerrufen werden; als wichtige Gründe würden jene im § 27 Abs 2 PSG gelten.

Auf die Dauer seiner Handlungsfähigkeit wurde der Stifter zum Mitglied des Stiftungsvorstands bestellt. Die übrigen Mitglieder würden jeweils für die Dauer von höchstens fünf Jahren bestellt, wobei Wiederbestellung zulässig sei.

Mit Ausnahme der in § 35 Abs 2 PSG und in der Stiftungszusatzurkunde genannten Angelegenheiten entscheide der Stiftungsvorstand mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Bei Stimmengleichheit gebe die Stimme des jeweiligen Vorsitzenden den Ausschlag. Jedes Mitglied des Stiftungsvorstands hätte eine Stimme, wobei der Stifter als

Mitglied des Vorstands zwei Stimmen inne hätte.

Nach Ausscheiden des Stifters aus dem Stiftungsvorstand solle die Privatstiftung einen dreiköpfigen Beirat, bestehend aus je einem Vertreter der Familienstämme, haben, dessen Aufgabe die Wahrung des Stiftungszwecks und die Beratung des Stiftungsvorstands sei. Die weiteren Regelungen über die Bestellung und Abberufung von Beiratsmitgliedern sowie die innere Ordnung des Beirats enthielt die Stiftungszusatzurkunde. Diese sah vor, dass ein Mitglied des Stiftungsvorstands gleichzeitig auch Mitglied des Beirats sein könne; doch müssten stets mindestens zwei Mitglieder des Beirats vorhanden sein, welche nicht gleichzeitig dem Stiftungsvorstand angehören.

Gewisse, in der Stiftungszusatzurkunde ausdrücklich angeführte Geschäfte und Rechtshandlungen dürften vom Stiftungsvorstand nur nach vorheriger Zustimmung des Beirats vorgenommen werden, wie zB Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen, Erwerb, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, Auflösung der Privatstiftung, etc.

In der "ordentlichen Beiratssitzung", in welcher der Vorstand über das abgelaufene Geschäftsjahr berichtet, hätte der Beirat unter sinngemäßer Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über die Entlastung des Stiftungsvorstands zu beschließen.

Mit Beschluss vom 29. 10. 1998 lehnte das ErstG die vom Stiftungsvorstand angemeldete Eintragung der Privatstiftung ab.

Gegen diesen Beschluss brachte die Privatstiftung Rek wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung ein und beantragte, den Beschluss dahin abzuändern, dass die Eintragung der Privatstiftung bewilligt werde; hilfsweise wurde ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Rek ist berechtigt.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die vom Stifter sich selbst eingeräumte Vorrangstellung als (vorsitzendes) Mitglied des Stiftungsvorstands (doppeltes Stimmrecht; Dirimierungsrecht), welche das ErstG beanstandete, ist nicht gesetzwidrig:

Der Stifter kann sich selbst zum Mitglied des Stiftungsvorstands bestellen und in der Stiftungserklärung die innere Ordnung des Stiftungsvorstands regeln (§ 9 Abs 2 Z 13 PSG). Die gesetzliche Regel, dass Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der Stimmen aller Mitglieder gefasst werden, wobei bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gibt, ist dispositiv (§ 28 Z 2 PSG). Es ist allgemein anerkannt, dass in Abweichung von der gesetzlichen Regel der Stifter das Alleinentscheidungsrecht eines Vorstandsmitglieds vorsehen kann ("Führerprinzip"), vgl Nowotny in Csoklich - Müller - Gröhs - Helbich, Handbuch zum PSG 158; Micheler in Doralt - Novotny - Kalss, PSG § 17 Rz 10; P. Doralt GesRZ 1997, 125, 135). Dass dieses Alleinentscheidungsrecht im gegenwärtigen Fall dem Stifter zukommt, verbietet das Gesetz nicht (vgl Doralt aaO). Das ErstG scheint auch nicht der Auffassung zu sein, dass die von ihm

beanstandete Bestimmung gerade deshalb unzulässig sei, weil es der Stifter ist, der seinen Willen als Vorstandsmitglied in Geschäftsführungssachen gegen den Willen der anderen Mitglieder durchsetzen kann. Es meint ja ganz allgemein, die Verlagerung der Entscheidungskompetenz auf ein Mitglied des Stiftungsvorstands entspreche nicht der Wertung des Gesetzgebers. Nach den ErlRV 1132 BlgNR 18. GP (= EBRV) 26 bezwecken die Vorschriften über die Zusammensetzung des Stiftungsvorstands die Schaffung von einem "möglichst effektiven, professionellen und zugleich sich selbst kontrollierenden Ausführungsorgan" der Privatstiftung. Die Rekwerberin zeigt zutreffend auf, dass ein Alleinentscheidungsrecht eines Vorstandsmitglieds dieser gesetzgeberischen Zielsetzung nicht widerspricht. Für den mehrköpfigen Vorstand einer AG ist die Zulässigkeit eines Durchsetzungsrechts des Vorsitzenden anerkannt (Kastner - Doralt - Nowotny, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, 229); es gibt keinen Grund zur Annahme, der Vorstand einer AG könnte allein wegen eines Durchsetzungsrechts nicht oder wenig professionell entscheiden. Im Übrigen bezog sich das in den EBRV genannte Merkmal der Professionalität auf die nicht Gesetz gewordene Bestimmung in § 15 Abs 1 PSG der Regierungsvorlage, dass ein Mitglied des Stiftungsvorstands im Inland zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugt sein muss. Weshalb die Effektivität eines Stiftungsvorstands wegen eines Alleinentscheidungsrechts nicht gegeben sein könnte, lässt sich nicht erkennen. Die erwünschte Selbstkontrolle ist auch bei einem Durchsetzungsrecht eines Vorstandsmitglieds sichergestellt: Die übrigen Vorstandsmitglieder können bei Gericht eine Sonderprüfung (§ 31 Abs 1 PSG) oder die Abberufung des anderen Vorstandsmitglieds beantragen (§ 27 Abs 2 PSG); sie können das bevorzugte Mitglied durch Ausübung der ihnen unbenommenen Informationsrechte überwachen und schon bei der Willensbildung ihre Meinung und allfällige Bedenken kundtun (vgl Micheler aaO). Eine weitere Kontrollmöglichkeit besteht darin, dass die Stiftungserklärung (§ 7 Abs 4 iVm § 9 Abs 1 der Stiftungsurkunde) vorsieht, dass die Stiftung, solange der bevorzugte

Stifter Mitglied des Stiftungsvorstandes ist - jedenfalls nur durch 2 Vorstandsmitglieder gemeinsam vertreten wird, sodass die überstimmten Mitglieder die Durchführung eines gegen das Gesetz oder die Stiftungserklärung verstoßenden Beschlusses nach außen verhindern können.

Das ErstG hält die dem Stifter für die Zeit seines Lebens eingeräumte Kompetenz zur Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands für unzulässig, weil er ein möglicher Begünstigter sei. Dem vermag der erkennende Senat nicht zu folgen. Den ersten Stiftungsvorstand hat zwingend der Stifter zu bestellen (§ 15 Abs 4 PSG); sonst kann die Stiftungserklärung die Bestellung (und Abberufung) von Vorstandsmitgliedern durch eine andere Stelle oder Stiftungsorgane vorsehen (§ 9 Abs 2 Z 1 PSG; EBRV 26 zu § 15 Abs 4 PSG). Eine "andere Stelle" ist auch der Stifter selbst, sofern er nicht selbst Begünstigter ist (Nowotny aaO 154; P. Doralt aaO 135; Torggler, GesRZ 1997, 140, 144). Die Rekwerberin verweist mit Recht darauf, dass der Stifter nicht als Begünstigter festgestellt ist. Die vom ErstG beanstandete Regelung bildet demnach kein Eintragungshindernis.

Die vom ErstG für notwendig gehaltene Ergänzung des § 7 Abs 5 der Stiftungsurkunde um die Bestimmung eines Verfahrens zur Abberufung eines unwirksam bestellten Vorstandsmitglieds ist tatsächlich entbehrlich. Ist die Bestellung eines Vorstandsmitglieds unwirksam - die Wirksamkeit der Bestellung ist vom Firmenbuchgericht anlässlich der Anmeldung des neuen Vorstandsmitglieds (§ 15 Abs 5 PSG) zu prüfen und eingetragene, aber nicht wirksam bestellte Vorstandsmitglieder sind von Amts wegen (§ 10 Abs 2 FBG) zu löschen -, so "fehlt" dem Stiftungsvorstand ein vorgeschriebenes Mitglied, sodass die Voraussetzung der gerichtlichen Bestellung gem § 27 Abs 1 PSG gegeben ist (vgl EBRV 30 f zu § 27 PSG).

Nach Auffassung des ErstG ist der Beirat infolge seiner ihm zugewiesenen Kompetenzen (Zustimmungsrechte gem § 4 Abs 8 der Stiftungszusatzurkunde, Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands, Bericht des Vorstands an den Beirat über das abgelaufene

Geschäftsjahr, Erläuterung des Jahresabschlusses und des Lageberichtes, Entlastung des Vorstands) aufsichtsratsgleich, weshalb die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 23 Abs 2 Satz 1 und 2 PSG anzuwenden seien. Die Objektivität des Stiftungsvorstands sei auf Grund der weit reichenden Kompetenzen des Beirats nicht mehr gewährleistet.

Dem vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen:

Aufgabe des Aufsichtsrats nach dem PSG, der nur unter den Voraussetzungen des § 22 Abs 1 Z 1 und 2 PSG ein obligatorisches Stiftungsorgan ist, ist die Überwachung der Geschäftsführung und der Gebarung der Privatstiftung (§ 25 Abs 1 PSG; Gebarung ist gleich Prüfung der Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung: Nowotny aaO 169, Wessely in Doralt - Nowotny - Kalss, PSG § 25 Rz 2). Die Rekwerberin weist richtig darauf hin, dass die nach außen erkennbare (§ 9 Abs 1 der Stiftungsurkunde) Aufgabe des Beirats nur die "Wahrung des Stiftungszwecks" ist. Der Beirat hat auch Beraterfunktion und weiters Zustimmungsrechte zu bestimmten Geschäften, die das Gesetz dem Aufsichtsrat als Mindestkompetenz (§ 25 Abs 1 PSG) zuweist, weitere Zustimmungsrechte, die der Wahrung des Stiftungszwecks dienen, nicht aber die einem Aufsichtsrat eingeräumten umfassenden Auskunfts- und Einsichtsrechte (§ 25 Abs 1 PSG) und die Befugnis eines Aufsichtsrats, die Privatstiftung bei Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern (§ 25 Abs 3 PSG) zu vertreten. Weder die Entlastung des Vorstands noch die Bestellung und/oder Abberufung des Vorstands sind gesetzlich vorgesehene Kompetenzen des Privatstiftungs-Aufsichtsrats. Der Beirat lässt sich demnach als ein "weiteres Organ" der Privatstiftung iSd § 14 Abs 2 PSG mit abgegrenzten Aufgabenbereichen einordnen, die sich nur teilweise mit jenen decken, die einem Privatstiftungs-Aufsichtsrat von Gesetzes wegen zukommen.

Die Einrichtung eines Aufsichtsrats ist ausschließlich aus der Sicht der Arbeitnehmermitbestimmung in gewissen (wenigen) Fällen verpflichtend (Nowotny aaO 165, 173; ders, GesRZ 1994, 9).

Besteht im gegenwärtigen Fall nicht die Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsrats gem § 22 Abs 1 PSG, so werden durch die Einrichtung eines aufsichtsratsähnlichen Beirats nicht die Besetzungsregeln des § 23 Abs 2 PSG umgangen, weshalb eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf den Beirat nicht gerechtfertigt ist (vgl König, JBl 1997, 779; Nowotny, GesRZ 1997, 9; Grave, Die Privatstiftung aus rechtlicher Sicht - ein Erfahrungsbericht, in: Tinti - Umdasch - Marenzi, Sorgfalt und Verantwortung, FS Jakobjevich, 25; Torggler, GesRZ 1997, 149). Daran ändert auch nichts, dass der Beirat befugt ist, den Stiftungsvorstand zu bestellen und abzurufen. Denn die gesetzlich vorgesehenen Kompetenzen des Privatstiftungs-Aufsichtsrats umfassen den Zuständigkeitsbereich Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands gar nicht. Ein nicht nach den für den Aufsichtsrat geltenden Regeln besetztes Gremium konnte somit auch nicht in dessen Kompetenzen eingreifen. Ist es zulässig, dass die Stiftungserklärung die Selbstergänzung des Vorstands vorsieht (Nowotny aaO 154, 172; Micheler aaO §§ 15, 16 Rz 31; Helbich in Csoklich - Müller - Gröhs - Helbich aaO 12; ders in Kofler - Nadvornik - Pernsteiner, Betriebswirtschaftliches Prüfungswesen in Österreich (FS Karl Vodrazka), 257; Briem in Bank Austria, Privatstiftungsgesetz, 2. Auflage, 15); so kann es auch nicht unzulässig sein, wenn ein Mitglied des Vorstands Sitz in einem Beirat mit der Kompetenz zur Bestellung von Vorstandsmitgliedern hat.

Auch unter Verkehrsschutzaspekten lässt sich der Beirat den Besetzungsregeln des Aufsichtsrats nicht unterstellen, weil Gläubiger der Privatstiftung, selbst wenn sich durch Einsicht in die in der Urkundensammlung des Firmenbuchs erliegende Stiftungsurkunde von der Existenz eines "Beirats" (nicht aber dessen konkrete in der Stiftungszusatzurkunde, die dem Firmenbuchgericht nicht vorzulegen ist (§ 10 Abs 2 PSG), angeführten Kompetenzen) wissen, das Vorhandensein eines nach § 23 Abs 2 PSG besetzten Aufsichtsrats gar nicht erwarten.

Das Argument des ErstG, wegen der dem Beirat zugedachten Kompetenzen, die ihn einem Aufsichtsrat gleich machten, sei die

Objektivität des Stiftungsvorstands nicht mehr gewährleistet, vermag nicht zu überzeugen. Denn die gesetzlichen Kompetenzen eines Privatstiftungs-Aufsichtsrats kann die Stiftungserklärung um die Zuständigkeitsbereiche Bestellung, Abberufung und Entlastung des Vorstands erweitern (§ 25 Abs 4 PSG; Nowotny aaO 170). Der Gesetzgeber befürchtet also offensichtlich keine Beeinträchtigung der Objektivität der Vorstandsmitglieder, wenn der Aufsichtsrat mit derartigen Befugnissen ausgestattet ist. Weshalb die Objektivität des Stiftungsvorstands gefährdet wäre, wenn eines seiner Mitglieder auch im Stiftungsbeirat sitzt, ist nicht erkennbar. Insofern der Beirat über die Entlastung des Vorstands beschließt, wird das allenfalls im Beirat sitzende Vorstandsmitglied wohl nicht mitstimmen dürfen (Grundsatz, dass niemand in eigener Sache Richter sein darf).

Die Frage, ob einem Stiftungsbeirat, der ausschließlich oder mehrheitlich mit Begünstigten oder deren Angehörigen im Sinn des § 15 Abs 2 PSG besetzt ist, die Rechte zur Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands eingeräumt werden können, wird im Schrifttum unterschiedlich behandelt. Nowotny (in Csoklich - Müller - Gröhs - Helbich, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, 155 f) erwägt, es könnte gerade noch zulässig sein, wenn einem mit Begünstigten besetzten Gremium nur die Bestellungskompetenz übertragen wird und sich die Bestelldauer in etwa am Fünfjahresrahmen des § 75 AktG orientiere, die Abberufungsmöglichkeit aber ausgeschlossen sei. Er meint dann jedoch, auch bei einer derartigen Trennung sei es "aus Gründen der Rechtssicherheit sowie des Schutzes vor Aushöhlung der gesetzlichen Wertungen" nicht zulässig, "Entscheidungsrechte bei vom Amt selbst Ausgeschlossenen zu belassen". Grave, aaO 25 f, steht einer Regelung, die einem ausschließlich oder zumindest mehrheitlich durch Begünstigte oder Mitglieder des Begünstigtenkreises zu besetzenden Beirat die Zuständigkeit zur Bestellung oder Abberufung des Stiftungsvorstands zuweist, kritisch gegenüber, weil sich der Stifter und dessen Nachkommen in einem solchen Fall nicht der Verfügung über das der Privatstiftung gewidmete Vermögen

begeben würden. Unter Bezugnahme auf Nowotny hält Micheler (aaO §§ 15, 16 Rz 26) einen mit Begünstigten besetzten Beirat für zulässig, wenn diesem nur ein Bestellungsrecht oder ein auf wichtige Gründe beschränktes Abberufungsrecht zukomme und die Funktionsperiode des Vorstands nicht zu kurz bemessen sei.

Zweifelhaft ist die Stellung des OGH zu der Frage. In der E des 6. Senats des OGH vom 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97x (= JBl 1997, 746 (König) = EvBl 1997/177 = GesRZ 1997, 191 = RdW 1997, 534 = ecolex 1997, 941; vgl dazu Torggler, GesRZ 1997, 145 ff; Stern, RdW 1997, 521) wird ausgesprochen, die Installierung eines nur mit Begünstigten besetzten Beirates einer Privatstiftung, dem (ua) die Befugnis zur Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands ohne Beschränkung auf einen wichtigen Grund oder die Bestimmung von Vergütungen für den Vorstand zukommt, sei infolge Interessenkollision und zur Vermeidung der Umgehung der Unvereinbarkeitsbestimmungen (§§ 15 Abs 2, 20 Abs 3, 23 Abs 2 PSG) unzulässig. Daraus könnte geschlossen werden, dass der OGH die Übertragung der Bestellungskompetenz und einer auf wichtige Gründe beschränkten Abberufungskompetenz an einen von den Begünstigten dominierten Beirat für zulässig ansieht. Andererseits trat der Gerichtshof aber mit dem Hinweis auf die Unvereinbarkeitsregel des § 23 Abs 2 Satz 2 PSG der von Nowotny und Micheler angebotenen Lösung der Frage entgegen.

Für die uneingeschränkte Zulässigkeit der Übertragung der Bestellungs- und Abberufungskompetenz an einen von den Begünstigten dominierten Beirat der Privatstiftung sprechen sich mit beachtlichen Gründen Helbich (in Kofler - Nadvornik - Pernsteiner aaO 254 f), P. Doralt (ZGR 1996, 12 und GesRZ 1997, 125) und Torggler (GesRZ 1997, 140) aus.

Aus Anlass des Rek muss der erkennende Senat diese umstrittene Frage nicht weiter untersuchen. Die Stiftungserklärung regelt nämlich die Besetzung des Beirats nicht so, dass Mitglieder des Beirats Begünstigte sein müssen oder sollen. Die bloße Möglichkeit, dass der Beirat, dem nach dem Ableben des Stifters das Recht zur Bestellung von Mitgliedern des

Stiftungsvorstands und zu deren Abberufung aus wichtigen Gründen zukommt, ausschließlich oder mehrheitlich mit Begünstigten oder deren Angehörigen im Sinn des § 15 Abs 2 PSG im Zeitpunkt der Bestellung - Abberufung eines Vorstandsmitglieds besetzt sein könnte, ist nämlich kein Hindernis für die Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch. Vielmehr ist die Frage, ob ein Vorstandsmitglied von einem in unzulässiger, insbes gegen Unvereinbarkeitsregeln verstoßender Weise, besetzten Beirat bestellt oder abberufen wird, vom Firmenbuchgericht erst zu prüfen, wenn die Bestellung - Abberufung eines Vorstandsmitglieds zur Eintragung in das Firmenbuch angemeldet wird (§ 15 Abs 5 PSG).

Das ErstG meinte ferner, komme einem Beirat das Recht zu, den Stiftungsvorstand zu bestellen und ihn aus wichtigen Gründen abzuberufen, sollte die Funktionsperiode des Vorstands (in der Stiftungserklärung) nicht zu kurz bemessen sein. Angemessen sei eine Mindestdauer von 3 Jahren.

Diese Ansicht vermag der erkennende Senat nicht zu teilen.

Das ErstG beruft sich auf hL und bezieht sich dazu auf die schon oben dargestellten Ansichten Michelers und Nowotnys zur Zulässigkeit der Einrichtung eines von den Begünstigten dominierten Beirats, dem das Bestellungsrecht übertragen wurde. Die Meinungen Nowotnys und Michelers sind nicht hL. Gegenteilige Auffassungen vertreten - wie oben ausgeführt - Helbich, P. Doralt und Torggler. Der OGH behandelte in seiner zitierten E die Frage der Bemessung der Funktionsdauer des Stiftungsvorstands nicht ausdrücklich. Selbst wenn die Ansicht, die Installierung eines von Begünstigten oder deren Angehörigen im Sinn des § 15 Abs 2 PSG dominierten Beirats mit dem Recht zur Bestellung des Stiftungsvorstands und dem Recht zu dessen Abberufung aus wichtigen Gründen sei nur unter der weiteren Voraussetzung zulässig, dass die Stiftungserklärung eine nicht zu kurz bemessene Funktionsdauer des Stiftungsvorstands vorsehe, richtig wäre, so kann dies im vorliegenden Fall, in dem die Stiftungserklärung die (mehrheitliche) Besetzung des Beirats bloß nicht ausschließt, nicht zur Unzulässigkeit der

vom Stifter vorgesehenen Regelung der Funktionsdauer mit höchstens 5 Jahren führen.

Micheler vertritt allerdings nicht nur für den Fall eines (mehrheitlich) durch Begünstigte besetzten Beirats, dem das Bestellungs- und Abberufungsrecht übertragen wurde, die Auffassung, dass der Vorstand für eine bestimmte Mindestdauer bestellt sein müsse. Sie meint, es sei fraglich, ob die Stiftungserklärung Bestellungs- und Abberufungsbefugnisse vorsehen könne, die weder an zeitliche noch an sachliche Schranken gebunden seien. Komme einer Person unbeschränkte Abberufungskompetenz zu, so könne diese Person die Geschäftsführung des Vorstands beeinflussen. Die Übertragung einer völlig freien Bestellungs- und Abberufungsbefugnis schränke die Geschäftsführung unzulässig ein. Gleiches gelte für eine Bestellung für einen zu kurzen Zeitraum (Micheler aaO §§ 15, 16 Rz 20). Weil der Vorstand unabhängig sei, könne einem Gremium ein freies Bestellungs- und Abberufungsrecht hinsichtlich aller Vorstandsmitglieder nicht eingeräumt werden. Stehe Bestellung und Abberufung ein- und derselben Person zu, sei das Abberufungsrecht immer auf sachliche Gründe beschränkt, die nicht wichtige Gründe im Sinn einer Pflichtverletzung sein müssten. Denkbar sei auch ein Recht zur Bestellung für eine bestimmte, nicht zu kurz bemessene Funktionsdauer, wobei ein Zeitraum von 1 Jahr genügen würde (Micheler aaO §§ 15, 16 Rz 22; der darin und in Rz 20 enthaltene Verweis auf Kastner, JBl 1953, 645, ist ein Fehlzitat, richtig: ÖJZ 1953, 645). Für den Fall der Übertragung der Bestellung und Abberufung des Vorstands auf den Aufsichtsrat meint sie, wie jedes andere Gremium sei auch der Aufsichtsrat nur berechtigt, den Vorstand aus sachlichen Gründen abzuberufen, erwähnt aber nicht ihre Forderung nach einer Mindestdauer der Bestellung (Micheler aaO §§ 15, 16 Rz 27). Warum aber einem Aufsichtsrat Bestellungs- und Abberufungsbefugnis ohne Beschränkung auf eine Mindestdauer der Funktionsperiode des Vorstands, nicht aber einer anderen "Stelle" oder einem "weiteren Stiftungsorgan" eingeräumt werden kann, wäre vom Standpunkt Michelers nicht einsichtig, denn auch das vom Aufsichtsrat für eine zu kurz

bemessene Dauer bestellte Vorstandsmitglied geriete in die Abhängigkeit des Aufsichtsrats.

Nach Auffassung des erkennenden Senats entbehrt die Forderung nach einer in der Stiftungserklärung vorzusehenden Mindestdauer der Funktionsperiode des Vorstands der gesetzlichen Grundlage.

Gem § 9 Abs 2 Z 1 PSG kann die Stiftungserklärung die Bestellung, Abberufung, Funktionsdauer und Vertretungsbefugnis des Stiftungsvorstands regeln. Die EBRV 24 führen aus, dass dem Stifter bei der Regelung über die Bestellung und Abberufung sowie Funktionsdauer und Vertretungsbefugnis weitgehend freie Hand gelassen ist; er muss jedoch die zwingenden Bestimmungen über Bestellung, Zusammensetzung, Unvereinbarkeit, Abberufung, einhalten. Das Gesetz sieht für die Funktionsdauer des Stiftungsvorstands weder eine Höchst- noch eine Mindestfrist vor; es überlässt vielmehr die Gestaltung der Funktionsdauer dem freien Willen des Stifters. Es verlangt auch nicht, dass die Abberufung nur aus einem wichtigen Grund erfolgen dürfe. Nach dem Gesetzeswortlaut und den Materialien ist es also nicht unzulässig, dass der Stifter eine Bestellung auf unbestimmte Zeit und ein Recht zur Abberufung auch ohne wichtigen Grund vorsieht. Diesfalls besteht auch keine Mindestdauer. Da das Gesetz die Dauer der Funktionsperiode eines Vorstandsmitglieds nicht vorgibt, bliebe es allein dem freien Ermessen der Firmenbuchgerichte überlassen, die Mindestdauer als Voraussetzung der Eintragung einer Stiftung in das Firmenbuch zu bestimmen, wenn der Stifter in der Stiftungserklärung einer Stelle oder einem Stiftungsorgan die Bestellungskompetenz überträgt. Es bestünde große Rechtsunsicherheit. Auch dies spricht gegen das Verlangen, der Stifter müsse eine Mindestdauer der Funktionsperiode vorsehen. Zudem kann auch eine kurze Funktionsdauer sachlich gerechtfertigt sein, etwa wenn ein Zeitraum bis zum Amtsantritt eines anderen Vorstandsmitglieds zu überbrücken ist (vgl. Kastner, ÖJZ 1953, 645; Hefermehl in Gessler - Hefermehl - Eckadt - Kropff, KommAktG, § 84 Rz 23; Mertens in Kölner Komm zum AktG, 2. Auflage, § 84 Rz 20; P. Doralt, GesRZ

1997, 134 Fn 33). Die vom Stifter im gegenwärtigen Fall getroffene Regelung der Funktionsdauer des Stiftungsvorstands mit höchstens 5 Jahren ist nicht gesetzwidrig und sie stellt daher auch kein Eintragungshindernis dar.

Aus diesen Gründen war dem Rek Folge zu geben, die angefochtene E aufzuheben und dem ErstG die neuerliche Entscheidung unter Abstandnahme von den gebrauchten Abweisungsgründen aufzutragen.