

Nochmals zur Aufsichtsratspflicht bei Privatstiftungen

1. Der Begriff der einheitlichen Leitung in § 22 Abs 1 Z 2 PSG ist iSd § 15 Abs 1 AktG auszu-legen. Eine einheitliche Leitungsmöglichkeit reicht für die Begründung einer Aufsichtsrats-pflicht aus.
2. Der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern durch das Gericht kann vorläufige Verbind-lichkeit zuerkannt werden.

PSG: §§ 20, 22, 24,
27, 40

AußStrG: § 10 Abs 2
FBG, § 44

OLG Wien 2.8.2005,
28 R 147/05 a (Revi-
sionsrekurs anhängig)

Sachverhalt:

Im beim Handelsgericht Wien geführ-ten Firmenbuch ist seit 20.12.2000 zu FN ***** die B***** Privatstiftung eingetragen. Mit Eingabe vom 26.6.2003 (ON 1) regte ein anonymer Einschreiter ("N.N.") die "Überprü-fung der Gesetzmäßigkeit" der Privat-stiftung an. Mit Beschluss vom 5.8.2003 (ON 14) verwarf das Erstge-richt die Anregung, die Privatstiftung gemäß § 35 Abs 3 2.Satz PSG aufzu-lösen bzw. nach § 10 Abs 2 FBG zu löschen. Weiters sprach das Erstge-richt mit diesem Beschluss aus, ein Verfahren zur Überprüfung nach § 35 Abs 3 2.Satz PSG bzw. nach § 10 Abs 2 FBG nicht einzuleiten. Im Punkt 2) dieses Beschlusses wurde der Erststifterin bzw. Rechtsnachfol-gerin der Zweitstifterin, der B***** AG, aufgetragen, eingehend Stellung zu nehmen, wieso für die B***** Privatstiftung kein Aufsichtsrat einge-richtet wurde.

Daraufhin erstattete die B***** AG eine eingehende Stellungnahme (ON 22a). Auch die Stiftung selbst äußerte sich mit Schriftsatz vom 7.5.2004 (Kopie angeschlossen bei ON 23).

Mit Beschluss vom 1.11.2004 (ON 29) trug das Erstgericht der Stiftung auf, binnen sechs Wochen ab Zustel-lung dieses Beschlusses einen Auf-sichtsrat einzurichten. Ein gegen diesen Beschluss erhobener Rekurs der Stiftung wurde mit Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien vom 22.2.2005 zurückgewiesen (28 R 274/04a). Darin wurde zwar in An-betracht des Umstandes, dass der Gerichtsauftrag ohne Androhung

eines Zwangsmittels ergangen war, die Beschwerde der Rekurswerberin verneint, gleichzeitig jedoch darauf hingewiesen, dass die Bestellung des Aufsichtsrates im vorliegenden Fall dem Firmenbuchgericht, nicht der Stiftung obliegt.

In der Folge erstattete die Stiftung eine Äußerung (ON 33), in der sie sich gegen die Bestellung eines Auf-sichtsrates aussprach und ihre Rechtsauffassung eingehend darlegte.

Mit einer weiteren Äußerung vom 7.4.2005 (ON 35) gab die Stiftung bekannt, dass gegen die vom Erstge-richt als Aufsichtsratsmitglieder in Aussicht genommenen Personen Dr. V***** S*****, Dr. W***** R*****, Dr. K***** E***** und Dr. W***** F***** keine Einwände bestünden.

Mit dem nunmehr angefochtenen Beschluss stellte das Erstgericht fest, dass für die B***** Privatstiftung gemäß § 22 PSG ein Aufsichtsrat zu bestellen ist. Zu Mitgliedern des Auf-sichtsrates wurden folgende Personen bestellt:

- Dr. V***** S*****, *****,
- Dr. W***** R*****, *****,
- Dr. K***** F. E*****, *****,
- Mag. Dr. W***** F*****, *****.

Weiters erkannte das Erstgericht diesem Beschluss vorläufige Verbind-lichkeit zu und sprach aus, dass die Eintragung der Mitglieder des Auf-sichtsrates im Firmenbuch erst nach Rechtskraft dieses Beschlusses erfol-ge.

Das Erstgericht traf dabei die auf den Seiten 3 bis 10 der Beschlussausferti-

gung wiedergegebenen Feststellun-gen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Hervorzuheben ist Folgendes:

Artikel VIII der Stiftungsurkunde lautet:

„1. Der Vorstand besteht aus drei Vorstandsmitgliedern.

2. Die Privatstiftung wird durch je zwei bestellte Vorstandsmitglieder gemeinsam vertreten.

3. Zum ersten Vorstand werden von den Stiftern nachstehende Personen bestellt:

- a) Herr Dr. W***** H*****, *****,
- b) Herr Dkfm. G***** R*****,
*****,
- c) Herr Dr. W***** H*****, *****."

Gemäß Punkt IX der Stiftungsurkun-de sind die Vorstandsmitglieder auf unbestimmte Zeit bestellt.

Punkt XI der Stiftungsurkunde lautet:

„Aufsicht über Tochter- und Beteili-gungsgesellschaften.

1. Der Vorstand hat über die jeweili-gen Tochter- und Beteiligungsgesell-schaften der Privatstiftung die Auf-sicht auszuüben. Der Vorstand hat sicherzustellen, adss in den der Pri-vatstiftung gehörigen direkten Toch-tergesellschaften ein Beirat oder Auf-sichtsrat eingerichtet wird, dem alle Mitglieder des Vorstandes und bis zu zwei weitere Mitglieder angehören, und dass der Vorsitzende des Vor-standes zum Vorsitzenden des Beira-tes oder des Aufsichtsrates mit Diri-mierungsrecht bestellt wird.

2. Der Vorstand hat weiters sicherzu-stellen, dass diesen Beiräten oder

Aufsichtsräten jedenfalls das Zustimmungrecht zu folgenden Maßnahmen zusteht:

- a) Für den Erwerb, die Veräußerung oder Belastung von Beteiligungen, sowie für Kapitalerhöhungen und weiters für andere Maßnahmen (wie z.B. Fusion, Spaltung, Umwandlung), durch die in der Tochter- und Beteiligungsgesellschaft eine Anteilsverschiebung eintritt;
- b) für den Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Liegenschaften;
- c) für die Begebung von Anleihen und die Aufnahme von Darlehen und Krediten;
- d) für die Gewährung von Darlehen und Krediten sowie für die Zeichnung von Anleihen.

3. Der Vorstand hat weiters sicherzustellen, dass die Zustimmungskompetenz zur Bestellung und Abberufung von Organen und die Zustimmungskompetenzen gemäß Abs 2 lit a bis d des Beirates oder des Aufsichtsrates auch für von direkten Tochtergesellschaften gehaltenen unmittelbaren Tochter- und Beteiligungsgesellschaften gelten und entsprechende Geschäftsordnungen beschlossen werden, sofern diese Maßnahme durch die Haupt-, General- oder Gesellschafterversammlung dieser Gesellschaften zu beschließen sind. Ist eine von den direkt gehaltenen Tochtergesellschaften gehaltene Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft eine Holdinggesellschaft, ist diese Zustimmungskompetenz auch für die von dieser Holdinggesellschaft gehaltenen unmittelbaren operativen Tochter- und Beteiligungsgesellschaften sicherzustellen. Dies gilt auch für mehrstöckige Holdingbeteiligungen. Für alle unmittelbaren oder mittelbaren Tochter- und Beteiligungsgesellschaften der Privatstiftung hat der Vorstand im gesetzlichen möglichen Umfang vorzukehren, dass der Beirat oder Aufsichtsrat mit allen für die

Privatstiftung bedeutenden Maßnahmen zu befassen ist.

4. Der Vorstand kann in den Geschäftsordnungen für diese Beiräte angemessene Betragsgrenzen für diese Zustimmungsvorbehalte festsetzen und hat diese Zustimmungsvorbehalte auch in den mittelbaren Tochter- und Beteiligungsgesellschaften festsetzen zu lassen."

Die B***** Privatstiftung ist alleinige Gesellschafterin der B***** Holding GmbH (FN *****). Der Gesellschaftervertrag dieser GmbH wurde zuletzt durch Generalversammlungsbeschluss vom 27.12.00 abgeändert. § 4 Abs 5 des Gesellschaftervertrages in dieser Fassung lautet:

„Die Geschäftsführer haben insbesondere für nachstehende Geschäfte und Maßnahmen im vorhinein einen zustimmenden Beschluss des Beirates, falls ein solcher nicht bestellt ist, einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafter einzuholen:

- a) Für den Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Beteiligungen und Unternehmen einschließlich der Einräumung von Vorerwerbsrechten, sowie für die Gründung von Gesellschaften und Kapitalerhöhungen;
- b) für andere Maßnahmen (wie z.B. Fusion, Spaltung, Umwandlung), durch die in Tochter- und Beteiligungsgesellschaften eine Anteilsverschiebung eintritt;
- c) für den Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Liegenschaften, sofern die Anschaffungskosten € 250.000,-- (Euro zweihundertfünfzigtausend) im Einzelfall oder insgesamt € 1 Mio (Euro eine Million) im Geschäftsjahr übersteigen;
- d) für die Begebung von Anleihen und für die Aufnahme von Darlehen und Krediten, deren Höhe im einzelnen € 250.000,-- (Euro zweihundertfünfzigtausend) oder insgesamt € 1 Mio (Euro eine Million) im Geschäftsjahr übersteigt, sofern sie nicht im genehmigten Jahresbudget enthal-

ten waren, und für die Begebung von Genussrechten;

e) für die Gewährung von Darlehen und Krediten sowie für die Zeichnung von Anleihen, wenn ein Betrag von € 250.000,-- (Euro zweihundertfünfzigtausend) im Einzelfall oder insgesamt € 1 Mio (Euro eine Million) im Geschäftsjahr überschritten wird;

f) für die Bestellung und Abberufung von Prokuristen in der Gesellschaft sowie aller Organmitglieder in unmittelbaren Tochter- und Beteiligungsgesellschaften, wenn die Bestellung des jeweiligen Organs in die Kompetenz einer General-, Gesellschafter- oder Hauptversammlung fällt, es sei denn, es steht einem Dritten ein syndikatsvertragliches Normierungsrecht in diesen Gesellschaften zu und - unter denselben Voraussetzungen - für die Bestellung und Abberufung aller Organmitglieder in mittelbaren Tochter- und Beteiligungsgesellschaften der ersten operativen Ebene, wenn diese Beteiligung über eine oder mehrere Holdinggesellschaften vermittelt wird;

g) für die Entscheidungen und Maßnahmen, welche bei der B***** Holding selbst der Zustimmung des Beirates bedürfen, in unmittelbaren oder mittelbaren Holding Tochter- und Holding-Beteiligungsgesellschaften sowie für Entscheidungen und Maßnahmen gemäß Punkt a) bis e) (Einzelbudget der Obergesellschaft und Konzernbudget), in unmittelbaren operativen Tochter- und Beteiligungsgesellschaften und in unmittelbaren operativen Tochter- und Beteiligungsgesellschaften von Holding Tochter- und Holding-Beteiligungsgesellschaften der Gesellschaft, sofern in diesen operativen Gesellschaften kein Aufsichtsrat besteht und/oder die Haupt-, General- oder Gesellschafterversammlung dieser Gesellschaft darüber beschließt. Besteht in derartigen operativen Tochtergesellschaften ein Aufsichtsrat, ist sicher zu stellen, dass für

alle Entscheidungen und Maßnahmen, welche bei der B***** Holding GmbH selbst der Zustimmung des Beirates bedürfen, eine Zustimmungskompetenz des Aufsichtsrates dieser Gesellschaft besteht;

h) für die Entscheidung in einer Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft, für die eine Beiratszuständigkeit gemäß g) besteht, einen Aufsichtsrat einzurichten."

§ 5 des Gesellschaftsvertrages der B***** Holding GmbH lautet:

„1. In der Gesellschaft ist ein Beirat einzurichten, der aus höchstens fünf Mitgliedern besteht. Besitzt ein Genussrechtsinhaber allein oder gemeinsam mit nach § 228 Abs 3 HGB verbundenen Unternehmen mehr als die Hälfte der von der Gesellschaft ausgegebenen Genussrechte, so ist er berechtigt, ein Mitglied in den Beirat in Anrechnung auf diese Höchstzahl an Beteiligungsmitgliedern zu entsenden. Durch Gesellschafterbeschluss kann für den Beirat eine Geschäftsordnung erlassen werden, die die nachfolgenden Organisationsregeln des Beirates ergänzt. [...]

6. Falls kein Beirat eingerichtet ist, sind die in Absätzen 2 bis 4 den Geschäftsführern auferlegten Pflichten anstelle des Beirates gegenüber den Gesellschaftern oder dem Alleingesellschafter zu erfüllen."

Geschäftsführer der B***** Holding GmbH sind K***** S***** und Dr. W***** L*****. Prokurist ist Mag. R***** H*****.

Die B***** Holding GmbH hält per 24.3.2005 die dem angefochtenen Beschluss in Fotokopie angeschlossenen Firmenbeteiligungen (Beilage /7).

Zumindest bei der L***** AG, der S***** AG, der I***** und der W***** waren bis Dezember 2004 regelmäßig mehr als 300 Arbeitnehmer beschäftigt. Im Dezember 2004 wurde die W***** veräußert.

Im Geschäftsjahr 2002 waren folgende Personen Mitglieder des Beirates:

Dr. W***** H***** Dkfm. G***** R***** Dr. W***** H***** K***** S***** Dr. E***** S***** Nunmehr sind Mitglieder des Beirates: Dr. W***** H***** Dkfm. G***** R***** Dr. W***** H***** Dr. E***** H***** und Dkfm. H***** H***** (Vorbringen der Stiftung ON 33 Seite 7).

Im Jahr 2002 waren durchschnittlich bei den angeführten Gesellschaften 4372 Arbeiter und 1851 Angestellte, sohin 6223 Arbeitnehmer beschäftigt.

Dkfm. G***** R***** war Vorsitzender des Aufsichtsrates und Vorstandsmitglied der B***** AG. K***** S***** war ebenfalls Vorstand der B***** AG.

Die Rechtsanwälte Dr. E***** S***** und Dr. W***** H***** vertreten regelmäßig die B***** AG, die B***** Privatstiftung rechtsfreundlich.

Dkfm. G***** R***** ist nunmehr Vorstand der B*****bank, der Mehrheitsaktionärin der B***** AG.

Der Umsatz der B***** Holding betrug 2002 im Konzern € 966.005.985,--.

Die B***** Privatstiftung und die B***** Holding GmbH haben beide ihren Firmensitz in 1010 Wien, *****.

Rechtlich würdigte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahingehend, dass der Vorstand der B***** Privatstiftung nach den Bestimmungen der Stiftungsurkunde und des Gesellschaftervertrages ein festgelegtes und unabänderliches Leitungsrecht habe. Dass auch tatsächlich eine einheitliche Leitung vorliege, ergebe sich auch daraus, dass Dkfm. G***** R***** sowohl Stiftungsvorstand als auch Beiratsmitglied der B***** Holding sei. Gleiches gelte für Dr. W***** H*****.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der rechtzeitige Rekurs der Stiftung

mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss dahingehend abzuändern, dass festgestellt werde, dass die B***** Privatstiftung nicht aufsichtsratspflichtig sei und die Bestellung von Dr. V***** S***** Dr. W***** R***** Dr. K***** F. E***** und Mag. Dr. W***** F***** zu Mitgliedern des Aufsichtsrates ersatzlos aufgehoben werde. Hilfsweise wird beantragt, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen. Weiters wendet sich die Rekurswerberin ausdrücklich gegen die vorläufige Zuerkennung der Verbindlichkeit des angefochtenen Beschlusses.

Hierzu hat das Rekursgericht erwo-gen:

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Die Prüfung der vom Rekursgericht im Beschluss 28 R 274/04a zum Ausdruck gebrachten Bedenken in Richtung des Vorliegens einer unzulässigen Thesaurierungs- bzw Selbstzweckstiftung (vgl dazu nunmehr ergänzend Nowotny, Kann das Gericht eine Selbstzweckstiftung auflösen? GeS 2005, 228; zust Arnold, Anm zu OLG Wien 28 R 274/04a, GeS 2005, 282) sind Gegenstand eines separaten, beim Erstgericht zu 71 Fr 12421/04w geführten Verfahrens. Gegenstand des Rekursverfahrens ist daher ausschließlich die Aufsichtsratspflicht der Stiftung.

Für diese Frage ist die Frage einer allfälligen Auflösung und Löschung der Stiftung nicht präjudiziell, weil selbst im Fall, dass die Löschung angeordnet würde, die Aufsichtsratspflicht bis zur Rechtskraft dieses Beschlusses geklärt werden muss. Aus diesem Grund kam auch eine Unterbrechung des vorliegenden Verfahrens nach § 25 Abs 2 AußStrG bzw § 19 FBG bis zum Abschluss des Verfahrens 71 Fr 12421/04w nicht in Betracht.

Soweit das Erstgericht durch die Bezeichnung der Ausführungen des Rekursgerichtes (im Übrigen orthographisch unrichtig) als „nunmehr“, wobei dies noch im Fettdruck und durch Unterstreichung hervorgehoben ist, einen Widerspruch zwischen der zitierten Rekursentscheidung 28 R 274/04a und der Vorentscheidung des Rekursgerichtes zu 28 R 329/03p unterstellt, ist darauf zu verweisen, dass letztere Entscheidung die Bestätigung der Abweisung eines Antrags eines anonymen Einschreiters („N.N.“) auf Gewährung von Akteneinsicht betraf, sodass dort schon aus verfahrensrechtlichen Gründen kein Raum zur Erörterung der Zulässigkeit der Stiftung bestand.

Im Verfahren 28 R 274/04a lag demgegenüber ein ordnungsgemäß erhobener Rekurs der Stiftung selbst vor. Wenngleich das Rekursgericht mangels Beschwer aus Anlass dieses Rekurses nicht in der Sache selbst entscheiden konnte, erschienen doch im Hinblick auf die amtswegige Natur des Firmenbuchverfahrens Hinweise für das weitere Verfahren (vgl. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 24 Rz 123) geboten.

Vorweg ist darauf zu verweisen, dass das Erstgericht über den von der Rekurswerberin gestellten Antrag auf (negative) Feststellung, dass sie nicht aufsichtsratspflichtig sei, nicht ausdrücklich abgesprochen hat, sondern statt einer Abweisung dieses Antrags von Amts wegen eine positive Feststellung des kontradiktorischen Gegenteils, nämlich dass die Stiftung aufsichtsratspflichtig ist, getroffen hat. Diese Frage wird im Rekurs jedoch nicht releviert. Inhaltlich hat diese vom Erstgericht getroffene abstrakte Feststellung der Aufsichtsratspflicht keine über die im selben Beschluss erfolgte Bestellung des Aufsichtsrats hinausgehenden die Rekurswerberin belastenden Wirkungen, sodass die Rechtsstellung der Rekurswerberin dadurch nicht

nachteilig berührt wird. Aus diesem Grund erschien ein amtswegiges Aufgreifen dieser Frage ebenso entbehrlich wie eine Prüfung des diesbezüglichen Feststellungsinteresses.

In der Sache selbst hat das Erstgericht zutreffend die Aufsichtsratspflicht der Rekurswerberin bejaht:

Nach § 22 Abs 1 Z 2 PSG ist ein Aufsichtsrat dann zu bestellen, wenn die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften oder inländische Genossenschaften einheitlich leitet (§ 15 Abs 1 AktG 1965) oder aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50% beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften bzw. Genossenschaften im Durchschnitt 300 übersteigt und sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt.

Die letztgenannte Einschränkung bezieht sich - wie sich aus der Formulierung „in beiden Fällen“ zweifelsfrei ergibt - offenbar auf beide Untertatbestände des § 22 Abs 1 Z 2 PSG. Damit ist die Einschränkung der Aufsichtsratspflicht für bloße Anteile verwaltende Stiftungen nur vor dem Hintergrund verständlich, dass - wenngleich im Stadium der Gesetzwerdung keine nähere Auseinandersetzung mit dieser Regelung erfolgte (vgl. Wessely in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 25 Rz 51) - nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine derartige Tätigkeit grundsätzlich auch bei einer einheitlichen Leitung im Sinne des 1. Untertatbestandes des § 22 Abs 1 Z 2 PSG vorliegen könnte. Dass der Passus „in beiden Fällen“ durch die Übernahme der Regelung aus § 29 Abs 1 Z 3 GmbHG zu erklären ist, wobei § 22 Abs 1 Z 2 PSG erst nachträglich um die Ausnahme der bloß Anteile verwaltenden Stiftung erweitert wurde (Arnold, Anm zu OLG Wien 28 R 274/04a, GeS 2005, 282), steht dem

nicht entgegen. Schon nach der Wortauslegung ist es nach Ansicht des Rekursgerichtes denkmöglich, den letzten Halbsatz des § 22 Abs 1 Z 2 PSG im Gegensatz zum unmittelbar vorhergehenden, sich ausdrücklich auf „beide Fälle“ beziehenden Halbsatz nur auf den Unterfall der Beherrschung aufgrund unmittelbarer Beteiligung zu beziehen.

Für ein weites Verständnis des Begriffs der „einheitlichen Leitung“ im vorliegenden Zusammenhang sprechen vor allem auch teleologische Überlegungen. Der Verweis des § 22 Abs 1 Z 2 PSG auf § 15 Abs 1 AktG darf nicht isoliert gesehen werden. Insbesondere enthält § 15 AktG - wenngleich das Verhältnis von § 15 Abs 1 und 2 AktG zueinander im Einzelnen unklar ist (vgl. Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ § 15 Rz 8) - nicht zwei verschiedene Tatbestände, sondern § 15 Abs 2 AktG stellt, indem er normiert, dass bei Ausübung eines beherrschenden Einflusses durch ein rechtlich selbständiges Unternehmen das beherrschende und das beherrschte Unternehmen als Konzern „gelten“, in Form einer gesetzlichen (authentischen) Interpretation einen Anwendungsfall der einheitlichen Leitung dar. Daher ist auch bei Auslegung des § 15 Abs 1 AktG auf § 15 Abs 2 AktG Bedacht zu nehmen.

Die im Rekurs zitierte aktienrechtliche Literatur ist insoweit nicht aussagekräftig. Im AktG besteht nämlich keine Veranlassung zu einer ausdehnenden Interpretation des § 15 Abs 1 AktG, weil die Fälle der Leitungsmöglichkeit ohnedies durch § 15 Abs 2 AktG erfasst sind.

In der Literatur zum Privatstiftungsrecht wird die Aufsichtsratspflicht der Stiftung nach § 22 Abs 1 Z 2 PSG nicht näher erörtert. Nach Arnold (PSG § 22 Rz 12) entspricht der Begriff der einheitlichen Leitung in § 22 PSG demjenigen nach § 15 Abs 1 AktG. Allerdings räumt Arnold ein,

dass weder das PSG noch das AktG oder das GmbHG den Begriff der einheitlichen Leitung definieren. Grundvoraussetzung sei, dass die maßgeblichen Entscheidungen tatsächlich nach den geschäftlichen Vorstellungen der Muttergesellschaft getroffen werden.

Nach Wessely (in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 22 Rz 6) ist Voraussetzung für das Vorliegen einer einheitlichen Leitung die tatsächliche Koordination der Konzernunternehmen in wichtigen Unternehmensbereichen; die bloße Möglichkeit einer einheitlichen Leitung genügt nicht. Wessely (aaO) räumt jedoch auch ein, dass das Mindesterfordernis an Koordination „unklar“ sei. Die Palette der Meinungen zum Konzerntatbestand im Gesellschaftsrecht reiche vom Erfordernis der Zusammenfassung zu einer wirtschaftlichen Einheit bis zur Auffassung, dass auch eine lockere, sich auf Grundsätzliches beschränkende Koordinierung ausreiche. Die herrschende Lehre tendiere zu letzterer Auffassung.

Doralt (in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 15 Rz 11 f) weist überzeugend darauf hin, dass die Diskussion im Schrifttum der Realität des modernen Konzernlebens nicht Rechnung trage. Das wesentliche Element für die Leitung sei die nur in wenigen Fällen umgesetzte Möglichkeit und Befugnis zur Entscheidung durch die Konzernleitung. Die faktisch bestehende Möglichkeit, Entscheidungen auch gegen den Willen eines Konzerngliedes durchzusetzen, sei für das Entstehen des Konzerns ausreichend (Doralt aaO § 15 AktG Rz 12). Die latent vorhandene Konzernleitungsmacht werde die Manager der Konzerngliedgesellschaften ganz ohne tatsächlich ausgeübte Leitungsmacht zu einem Verhalten veranlassen, wie es die Konzernleitung wünscht. Dies relativiere den Unterschied zwischen beherrschendem Einfluss und tatsächlicher Leitung.

In diesem Sinne liegt in Anbetracht der vom Erstgericht festgestellten engen Personenverflechtung, ja weitgehenden Personenidentität zwischen dem Vorstand der Stiftung und den Beiräten der von der Stiftung beherrschten Gesellschaften eine unmittelbare einheitliche Leitung - und nicht bloß eine Leitungsmöglichkeit - durch den Stiftungsvorstand vor. Dass es sich bei personellen Verflechtungen - neben Beteiligungen, maßgebenden Finanzierungen und vertraglichen Beziehungen - um ein Mittel der einheitlichen Leitung handelt, ist allgemein anerkannt (vgl nur Wessely in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 22 Rz 6).

Aber auch wenn man dieser Auffassung nicht folgte, so ergäbe sich eine Aufsichtsratspflicht schon aus der - in Anbetracht der vom Erstgericht festgestellten personellen Verflechtung zwischen dem Stiftungsvorstand und den Beiräten der beherrschten Unternehmen jedenfalls zu bejahenden - Möglichkeit der einheitlichen Leitung.

Dafür, dass nach dem PSG für die Aufsichtsratspflicht schon die Möglichkeit der einheitlichen Leitung ausreicht, spricht einerseits der enge Zusammenhang zwischen § 15 Abs 1 und 2 AktG, andererseits die Parallele zur Beherrschung im zweiten Fall des § 22 Abs 1 Z 2 PSG, wo jedenfalls auch die Beherrschungsmöglichkeit ausreicht (vgl Wessely in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 22 Rz 7).

Diese Auslegung wird auch durch teleologische Erwägungen gestützt. Zweck der Aufsichtsratspflicht ist die Wahrung der Arbeitnehmermitbestimmung (Arnold, PSG § 22 Rz 2; Wessely in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 22 Rz 1; OLG Wien NZ 2000, 120 ua), aber wohl auch Gläubigerschutzinteressen und der Schutz allfälliger Minderheitsgesellschafter (Wessely in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 22 Rz 1). Die Aufsichtsratspflicht im Konzern beruht auf der

Überlegung des Gesetzgebers, dass die maßgeblichen Entscheidungen gewissermaßen schon im „Vorfeld“, also auf der Ebene der Konzernleitung, getroffen und von den beherrschten Unternehmen dann nur faktisch umgesetzt werden (vgl Koppensteiner, GmbHG² § 29 Rz 11). In diesem Sinn muss die Aufsichtsratspflicht, will sie ihre gesetzliche Aufgabe erreichen können, tendenziell eher weit verstanden werden.

Hingegen ist die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat (dazu ausführlich Wessely in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 24 Rz 18 ff) Folge des Bestehens eines Aufsichtsrats, nicht dessen Voraussetzung. Daher geht das Argument der Rekurswerberin, eine Entsendungsmöglichkeit bestehe nur bei tatsächlich ausgeübter einheitlicher Leitung, ins Leere.

Schließlich sprechen auch verfahrensrechtliche Erwägungen dafür, die Aufsichtsratspflicht auch bei einer einheitlichen Leitungsmöglichkeit zu bejahen. Ob eine Stiftung aufsichtsratspflichtig ist oder nicht, muss nämlich schon im Zeitpunkt der Firmenbucheintragung beurteilbar sein. Dem Firmenbuchgericht liegen normalerweise jedoch nur Urkunden vor. Würde man eine Überprüfung durch das Firmenbuchgericht fordern, welche Leitungstätigkeiten die Stiftung tatsächlich ausübt, so würde dies das Firmenbuchverfahren regelmäßig überfrachten. Vor allem würde dies dazu führen, dass die Aufsichtsratsbestellung vielfach zu spät käme und die vom Gesetzgeber im Interesse der Arbeitnehmerschaft der beherrschten Unternehmen vorgesehene Aufsichtsratspflicht (vgl. Wessely in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 22 Rz 4) damit unterlaufen würde.

Entgegen den Rekursausführungen kann dem keineswegs entgegeng gehalten werden, dass die Bestellung des Aufsichtsrates nicht im Eintragungsverfahren, sondern im allgemeinen

Außerstreitverfahren erfolgt. Dieser Einwand trifft zwar zu, ist aber nicht stichhaltig. Lediglich dann, wenn das Firmenbuchgericht in späterer Folge erkennt, dass eine Privatstiftung eingetragen ist und trotz Aufsichtsratspflicht kein Aufsichtsrat bestellt ist, ist vom Gericht nachträglich ein Aufsichtsrat zu bestellen. Erkennt das Gericht hingegen bereits im Verfahren über einen Antrag auf Eintragung einer Privatstiftung, dass eine Aufsichtsratspflicht besteht, so darf die Stiftung nicht im Firmenbuch eingetragen werden (vgl. Arnold, PSG § 24 Rz 7 und § 27 Rz 3). Ob in diesem Fall ein Stiftungskurator zu bestellen (so Arnold aaO) oder ein Verbesserungsverfahren iSd § 17 FBG einzuleiten ist oder beide Schritte nebeneinander zu setzen sind, ist im vorliegenden Verfahren ohne Belang. Entscheidend ist hier lediglich, dass die Frage der Aufsichtsratspflicht bereits im - üblicherweise auf Urkundenbeweise beschränkten - Eintragungsverfahren zu klären ist.

Auch aus dem Umfang der Prüfungsbefugnis eines nach § 22 Abs 1 Z 2 PSG bestellten Aufsichtsrats (vgl. § 25 Abs 2 PSG) ist - entgegen Arnold (Anm zu OLG Wien 28 R 274/04a, GeS 2005, 282) - für eine einschränkende Auslegung der Aufsichtsratspflicht nichts zu gewinnen. Vielmehr korreliert der Umfang der Prüfungsbefugnis des Aufsichtsrates nach § 25 Abs 2 PSG mit dem Grund für dessen Bestellung im § 22 Abs 1 Z 2 PSG. Ist die Aufsichtsratspflicht demnach nur wegen der einheitlichen Leitung anderer Gesellschaften durch die Stiftung gegeben, so ist es durchaus folgerichtig, wenn der Gesetzgeber die Prüfungsbefugnis des Aufsichtsrates auf Angelegenheiten der einheitlichen Leitung oder unmittelbaren Beherrschung inländischer Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften beschränkt. Für das Verständnis des Begriffs der einheitlichen Leitung kann daraus jedoch nichts gewonnen werden. Dazu kommt, dass der Auf-

gabebereich des Stiftungsaufsichtsrats nach dem Willen des historischen Gesetzgebers weiter gezogen ist als bei Kapitalgesellschaften (ErläutRV PSG 29; vgl. dazu auch Wessely in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 25 Rz 2). Auch diese Absicht des Gesetzgebers spricht dagegen, aus dem Aufgabebereich des Aufsichtsrats eine Einschränkung der Aufsichtsratspflicht abzuleiten.

Zusammenfassend hat das Erstgericht daher frei von Rechtsirrtum die Aufsichtsratspflicht der Rekurswerberin bejaht. Bedenken gegen die bestellten Personen werden im Rekurs nicht erhoben.

Zu Unrecht wendet sich die Rekurswerberin auch dagegen, dass das Erstgericht dem Beschluss gemäß § 44 Abs 1 AußStrG vorläufige Verbindlichkeit zuerkannt hat. Gegen einen derartigen Ausspruch gibt es nach dem AußStrG 2005 nämlich - anders als nach § 524 Abs 2 letzter Satz ZPO - überhaupt kein Rechtsmittel. § 44 Abs 2 AußStrG schließt jedes, als nicht nur abgesonderte Rechtsmittel aus (vgl. Fucik/Kloiber, AußStrG § 44 Rz 7). Es gibt auch kein Recht der Parteien zur Stellung eines Antrags auf Abänderung der diesbezüglichen Entscheidung, würde doch andernfalls der durch § 44 Abs 2 AußStrG intendierte Entlastungseffekt hinfällig (vgl. OLG Wien 4 R 117/05p). Der diesbezügliche Antrag der Rekurswerberin war daher spruchgemäß zu verwerfen.

In Betracht käme lediglich eine amtswegige Abänderung der Entscheidung über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch das Rekursgericht (Fucik/Kloiber aaO aE; vgl. § 44 Abs 1 AußStrG aE). Dazu besteht jedoch nicht der geringste Anlass. Das Erstgericht hat völlig zutreffend darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Fall in Anbetracht der zu schützenden Arbeitnehmerinteressen (§ 110 ArbVG), des Stiftungszwecks, des Umfangs der Beteiligun-

gen der Stiftung und der Tatsache, dass die Beteiligung an der W***** veräußert wurde (eine Gesellschaft mit mehr als 300 Arbeitnehmern), die vorläufige Verbindlichkeit im Interesse der Allgemeinheit liegt. Auf die zutreffenden Ausführungen des Erstgerichtes kann insoweit verwiesen werden (§ 60 Abs 2 AußStrG iVm § 15 FBG).

Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf zu verweisen, dass die Vorgangsweise des Erstgerichtes, die Eintragung des Aufsichtsrats im Firmenbuch (vgl. § 13 Abs 3 Z 4 PSG) an die Rechtskraft des Beschlusses zu knüpfen, nicht zweckmäßig erscheint. Nach § 20 Abs 1 Satz 3 FBG sind Entscheidungen im Firmenbuchverfahren idR sofort zu vollziehen. Zwar kann das Gericht, sofern es dies aus besonderen Gründen für erforderlich hält, die Rechtskraft des Eintragungsbeschlusses abwarten (vgl. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer § 20 FBG Rz 13 mwN). Dies gilt aber dann nicht, wenn das Erstgericht - wie im vorliegenden Fall - den betreffenden Beschluss sofort für verbindlich erklärt hat. Diesfalls ist ein Auseinanderfallen des Beginns der Wirkungen des Beschlusses und dessen Eintragung im Firmenbuch mit der Funktion des Firmenbuches, insbesondere mit dem Postulat der Aktualität des Firmenbuches, nicht vereinbar (vgl. auch Kodek aaO Rz 12 aE und 14). Ein schutzwürdiges Interesse der Stiftung, dass die - ohnedies nur deklarative - Eintragung des bestellten Aufsichtsrats unterbleibe, ist nicht ersichtlich. Der betreffende Ausspruch des Erstgerichtes wird von der Rekurswerberin jedoch nicht bekämpft.

Im angefochtenen Umfang erweist sich der angefochtene Beschluss jedoch nach dem Gesagten als frei von Rechtsirrtum, sodass dem unbegründeten Rekurs ein Erfolg zu versagen war.

Der Ausspruch über die Zulässigkeit des ordentlichen Revisionsrekurses gründet sich auf § 59 Abs 1 Z 2, § 62 Abs 1 AußStrG. Zur Frage der Aufsichtsratspflicht einer Privatstiftung liegt - soweit ersichtlich - noch keine Rechtsprechung des OGH vor.