

TE OGH 2005/12/1 6Ob217/05p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.12.2005

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Firmenbuchsache der im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien zu FN 203482p eingetragenen B ***** Privatstiftung, ***** , vertreten durch Grohs Hofer Rechtsanwälte Gesellschaft mbH in Wien, wegen Bestellung eines Aufsichtsrats, über den ordentlichen Revisionsrekurs der Privatstiftung gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 2. August 2005, GZ 28 R 147/05a-40, womit über den Rekurs der Privatstiftung der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 20. April 2005, GZ 71 Fr 7122/03v-36, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben.

Die Sache wird zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen.

Text

Begründung:

Das Erstgericht bestellte für die im Firmenbuch seit 20. 12. 2000 eingetragene Privatstiftung gemäß § 22 PSG einen aus vier Personen bestehenden Aufsichtsrat. Es stellte folgenden Sachverhalt fest: Das Erstgericht bestellte für die im Firmenbuch seit 20. 12. 2000 eingetragene Privatstiftung gemäß Paragraph 22, PSG einen aus vier Personen bestehenden Aufsichtsrat. Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Am 15. 12. 2000 erklärten die B***** AG (FN 150714p) und die C***** AG (FN 147551m), beide als Stifterinnen, die B***** Privatstiftung auf unbestimmte Zeit zu errichten. Zweck der Privatstiftung soll die sorgfältige Verwaltung des Vermögens der Privatstiftung, die Sicherung des wirtschaftlichen Fortbestandes und des Wachstums jener Unternehmen, an denen die Privatstiftung unmittelbar und mittelbar Beteiligungen hält oder erwirbt, sowie die Förderung des österreichischen Unternehmertums sein.

Artikel VI der Stiftungsurkunde lautet: Artikel römisch VI der Stiftungsurkunde lautet:

„1. Begünstigte dieser Privatstiftung sind die Aktionäre der B***** AG nach Maßgabe ihrer Aktienbeteiligungen an der B***** AG. Den Begünstigten steht kein Rechtsanspruch auf Zuwendungen durch die Privatstiftung zu. Den Begünstigten sollen grundsätzlich keine laufenden Zuwendungen aus der Privatstiftung gemacht werden, sofern nicht

außergewöhnliche Umstände dies rechtfertigen. Die Privatstiftung soll grundsätzlich ihre Gewinne zur Förderung von Unternehmenserweiterungen und -neugründungen investieren. Dabei wird regelmäßig die Gründung oder der Erwerb von Gesellschaften und Beteiligungen oder der Erwerb von Genussrechten an ihren Tochtergesellschaften in Betracht kommen.

2. Die Rechte der Begünstigten gemäß § 30 PSG werden durch einen Begünstigtenausschuss wahrgenommen, der aus je einem Vertreter von denjenigen Aktionären der B***** AG besteht, die jeweils zu den letzten drei Bilanzstichtagen der B***** AG jeweils mit mindestens 5 % Grundkapital als Aktionäre beteiligt sind. 2. Die Rechte der Begünstigten gemäß Paragraph 30, PSG werden durch einen Begünstigtenausschuss wahrgenommen, der aus je einem Vertreter von denjenigen Aktionären der B***** AG besteht, die jeweils zu den letzten drei Bilanzstichtagen der B***** AG jeweils mit mindestens 5 % Grundkapital als Aktionäre beteiligt sind.

3. Letztbegünstigte sind sämtliche Aktionäre der B***** AG, und zwar im Verhältnis ihrer Aktienbeteiligungen an der B***** AG."

Artikel VIII der Stiftungsurkunde lautet: Artikel römisch 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) Dr. Wolfgang H***** , ...

b) Dkfm. Gerhard R***** , ...

c) Dr. Wolfgang H***** ,"

Gemäß Punkt IX. der Stiftungsurkunde sind die Vorstandsmitglieder auf unbestimmte Zeit bestellt. Gemäß Punkt römisch IX. der Stiftungsurkunde sind die Vorstandsmitglieder auf unbestimmte Zeit bestellt.

Punkt XI der Stiftungsurkunde lautet: Punkt römisch XI der Stiftungsurkunde lautet:

„Aufsicht über Tochter- und Beteiligungsgesellschaften.

1. Der Vorstand hat über die jeweiligen Tochter- und Beteiligungsgesellschaften der Privatstiftung die Aufsicht auszuüben. Der Vorstand hat sicherzustellen, dass in den der Privatstiftung gehörigen direkten Tochtergesellschaften ein Beirat oder Aufsichtsrat eingerichtet wird, dem alle Mitglieder des Vorstandes und bis zu zwei weitere Mitglieder angehören, und dass der Vorsitzende des Vorstandes zum Vorsitzenden des Beirates oder des Aufsichtsrates mit Dirimierungsrecht bestellt wird.

2. Der Vorstand hat weiters sicherzustellen, dass diesen Beiräten oder Aufsichtsräten jedenfalls das Zustimmungsrecht zu folgenden Maßnahmen zusteht:

a) Für den Erwerb, die Veräußerung oder Belastung von Beteiligungen, sowie für Kapitalerhöhungen und weiters für andere Maßnahmen (wie zB 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 § 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.³ Der Vorstand hat weiters sicherzustellen, dass die Zustimmungskompetenz zur Bestellung und Abberufung von Organen und die Zustimmungskompetenzen gemäß Paragraph 2, Litera 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."

Punkt XIV der Stiftungsurkunde lautet:Punkt römisch XIV der Stiftungsurkunde lautet:

„Änderungen der Stiftungserklärung durch die Stifter sind nach Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch ausgeschlossen."

Punkt XV der Stiftungsurkunde lautet:Punkt römisch XV der Stiftungsurkunde lautet:

„1. Der Widerruf dieser Privatstiftung durch die Stifter ist ausgeschlossen.

2. Die Privatstiftung kann durch einstimmigen Beschluss des Stiftungsvorstandes aufgelöst werden, wenn die gesetzlichen Rahmenbedingungen für Privatstiftungen den Stiftungszweck im Wesentlichen unmöglich machen."

Die B ***** Privatstiftung ist alleinige Gesellschafterin der B ***** Holding GmbH (FN 171802a). Der Gesellschaftsvertrag dieser GmbH wurde zuletzt durch Generalversammlungsbeschluss vom 27. 12. 00 abgeändert. § 4 Abs 5 des Gesellschaftsvertrages in dieser Fassung lautet:Die B ***** Privatstiftung ist alleinige Gesellschafterin der B ***** Holding GmbH (FN 171802a). Der Gesellschaftsvertrag dieser GmbH wurde zuletzt durch Generalversammlungsbeschluss vom 27. 12. 00 abgeändert. Paragraph 4, Absatz 5, des Gesellschaftsvertrages in dieser Fassung lautet:

„Die Geschäftsführer haben insbesondere für nachstehende Geschäfte und Maßnahmen im Vorhinein einen zustimmenden Beschluss des Beirats, falls ein solcher jedoch 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 für Kapitalerhöhungen;

b) für andere Maßnahmen (wie zB 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 EUR 250.000 im Einzelfall oder insgesamt EUR 1 Mio im Geschäftsjahr übersteigen;

d) für die Begebung von Anleihen und für die Aufnahme von Darlehen und Krediten, deren Höhe im Einzelnen EUR 250.000 oder insgesamt EUR 1 Mio im Geschäftsjahr übersteigt, sofern sie nicht im genehmigten Jahresbudget enthalten 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 EUR 250.000 im Einzelfall oder insgesamt EUR 1 Mio 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 Norminierungsrecht 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 GmbH selbst der Zustimmung des Beirats bedürfen, in unmittelbaren oder mittelbaren Holdingtochter- und Holdingbeteiligungsgesellschaften 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 Holdingtochter- und Holdingbeteiligungsgesellschaften 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 sicherzustellen, dass für alle Entscheidungen und Maßnahmen, welche bei der B ***** Holding GmbH selbst der Zustimmung des Beirats bedürfen, eine Zustimmungskompetenz des Aufsichtsrates dieser Gesellschaft besteht;

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

§ 5 des Gesellschaftsvertrages der B ***** Holding GmbH lautet: Paragraph 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 Beiratsmitgliedern zu entsenden. Durch Gesellschafterbeschluss kann für den Beirat eine Geschäftsordnung erlassen werden, die die nachfolgenden Organisationsregeln des Beirates ergänzt.1. In der Gesellschaft ist ein Beirat einzurichten, der aus höchstens fünf Mitgliedern besteht. Besitzt ein Genussrechtsinhaber allein oder gemeinsam mit nach Paragraph 228, Absatz 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 Beiratsmitgliedern 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 den 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 Karl S***** und Dr. Walter L*****, Prokurist ist Mag. Robert H*****.

Die B ***** Holding GmbH hält per 24. 3. 2005 eine Reihe von Firmenbeteiligungen.

Zumindest bei der L***** AG, der S***** AG Holding, 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. Wolfgang H*****, Dkfm. Gerhard R*****, Dr. Wolfgang H*****, Karl S*****, Dr. Elisabeth S*****. Nunmehr sind Mitglieder des Beirates: Dr. Wolfgang H*****, Dkfm. Gerhard R*****, Dr. Wolfgang H*****, Dr. Erich H***** und Dkfm. Herbert H*****.

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

Dkfm. Gerhard R***** war Vorsitzender des Aufsichtsrates und Vorstandsmitglied der B***** AG. Karl S***** war ebenfalls Vorstandsmitglied der B***** AG.

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

Dkfm. Gerhard R***** ist nunmehr Vorstandsmitglied der B*****, der Mehrheitsaktionärin der B***** AG.

Der Umsatz der B ***** Holding betrug 2002 im Konzern EUR 966,005.985.

Die B ***** Privatstiftung und die B ***** Holding GmbH haben beide ihren Firmensitz in 1010 Wien, G***** 19.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht im Wesentlichen aus: Gemäß § 22 Abs 1 Z 2 PSG sei ein Aufsichtsrat zu bestellen, wenn die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften einheitlich leite (§ 15 Abs 1 AktG) oder aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrsche und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften im Durchschnitt 300 übersteige und sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränke. Die Privatstiftung räume selbst ein, dass sie Mehrheitsbeteiligungen an drei Aktiengesellschaften und einer GmbH halte. Gemäß § 15 Abs 1 AktG bildeten rechtlich selbständige Unternehmen, die zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst seien, einen Konzern. Eine einheitliche Leitung setze Weisungsbefugnis voraus. Ob diese tatsächlich ausgeübt werde, sei nicht von Relevanz. Nur bei Gleichordnungskonzernen sei eine tatsächliche einheitliche Leitung erforderlich. In der Entscheidung 16 Ok 20/02 = GesRZ 2003, 170 habe der Oberste Gerichtshof zu dem Konzernbegriff des § 41 Abs 3 KartG ausgesprochen, dass auf die bloße Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme abzustellen sei. § 15 Abs 1 AktG sei nicht zu entnehmen, dass eine tatsächliche einheitliche Leitung vorliegen müsse. Nach den Bestimmungen der Stiftungsurkunde und des Gesellschaftsvertrags habe der Vorstand der Privatstiftung ein festgelegtes Leitungsrecht. Dass auch eine tatsächliche einheitliche Leitung vorliege ergebe sich daraus, dass Dkfm. Gerhard R***** sowohl Stiftungsvorstand als auch Beiratsmitglied der B ***** Holding sei. Gleiches gelte für Dr. Wolfgang H*****. Aus dem Bescheid der Übernahmekommission GZ 2001/1/2-26 gehe hervor, dass die Übernahmekommission der Ansicht sei, dass es sich bei der Privatstiftung und dem ihr gehörigen Konzern um ein unabhängiges Unternehmen handle. In einem von der Privatstiftung vorgelegten Rechtsgutachten habe Univ. Prof. Dr. Susanne Kalss die Rechtsmeinung vertreten, dass es auf die tatsächliche konkrete Umsetzung einer einheitlichen Leitung ankomme. Dieser Ansicht sei nicht zu folgen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht im Wesentlichen aus: Gemäß Paragraph 22, Absatz eins, Ziffer 2, PSG sei ein Aufsichtsrat zu bestellen, wenn die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften einheitlich leite (Paragraph 15, Absatz eins, AktG) oder aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrsche und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften im Durchschnitt 300 übersteige und sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränke. Die Privatstiftung räume selbst ein, dass sie Mehrheitsbeteiligungen an drei Aktiengesellschaften und einer GmbH halte. Gemäß Paragraph 15, Absatz eins, AktG bildeten rechtlich selbständige Unternehmen, die zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst seien, einen Konzern. Eine einheitliche Leitung setze Weisungsbefugnis voraus. Ob diese tatsächlich ausgeübt werde, sei nicht von Relevanz. Nur bei Gleichordnungskonzernen sei eine tatsächliche einheitliche Leitung erforderlich. In der Entscheidung 16 Ok 20/02 = GesRZ 2003, 170 habe der Oberste Gerichtshof zu dem Konzernbegriff des Paragraph 41, Absatz 3, KartG ausgesprochen, dass auf die bloße Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme abzustellen sei. Paragraph 15, Absatz eins, AktG sei nicht zu entnehmen, dass eine tatsächliche einheitliche Leitung vorliegen müsse. Nach den Bestimmungen der Stiftungsurkunde und des Gesellschaftsvertrags habe der Vorstand der Privatstiftung ein festgelegtes Leitungsrecht. Dass auch eine tatsächliche einheitliche Leitung vorliege ergebe sich daraus, dass Dkfm. Gerhard R***** sowohl Stiftungsvorstand als auch Beiratsmitglied der B ***** Holding sei. Gleiches gelte für Dr. Wolfgang H*****. Aus dem Bescheid der Übernahmekommission GZ 2001/1/2-26 gehe hervor, dass die Übernahmekommission der Ansicht sei, dass es sich bei der Privatstiftung und dem ihr gehörigen Konzern um ein unabhängiges Unternehmen handle. In einem von der Privatstiftung vorgelegten Rechtsgutachten habe Univ. Prof. Dr. Susanne Kalss die Rechtsmeinung vertreten, dass es auf die tatsächliche konkrete Umsetzung einer einheitlichen Leitung ankomme. Dieser Ansicht sei nicht zu folgen.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Privatstiftung nicht Folge. Es teilte die Auffassung des Erstgerichts, dass die Bestellung eines Aufsichtsrats für die Privatstiftung nicht eine tatsächlich ausgeübte einheitliche Leitung des Konzerns voraussetze, sondern schon bei der bloßen Möglichkeit der einheitlichen Leitung erfolgen müsse. Dies ergebe sich schon aus der wörtlichen Auslegung des Gesetzes. Aus dem Beherrschungstatbestand sei ein weites Verständnis des Begriffs der „einheitlichen Leitung“ abzuleiten. Dafür sprächen auch teleologische Überlegungen. Der Verweis des § 22 Abs 1 Z 2 PSG auf § 15 Abs 1 AktG dürfe nicht isoliert gesehen werden. § 15 AktG enthalte nicht zwei verschiedene Tatbestände. § 15 Abs 2 AktG sei eine authentische Interpretation eines Anwendungsfalls der einheitlichen Leitung. Bei der Auslegung des § 15 Abs 1 AktG sei auf § 15 Abs 2 AktG Bedacht zu nehmen. In der Literatur zum Privatstiftungsrecht werde die Aufsichtsratspflicht der Stiftung nicht näher erörtert. Nach Arnold (PSG) definiere weder das PSG noch das AktG oder das GmbHG den Begriff der einheitlichen Leitung. Grundvoraussetzung sei es, dass die maßgeblichen Entscheidungen tatsächlich nach den geschäftlichen Vorstellungen der

Muttergesellschaft getroffen werden. Nach Wessely (in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 22 Rz 6) genüge für die Aufsichtsratspflicht zwar nicht die bloße Möglichkeit einer einheitlichen Leitung. Die Autorin räume jedoch ein, dass das Mindesterfordernis an Koordination „unklar“ sei. Doralt (in Doralt/Kalss/Nowotny) weise überzeugend darauf hin, dass die Diskussion im Schrifttum der Realität des modernen Konzernlebens nicht Rechnung trage. Das wesentliche Element für die Leitung sei nur die in wenigen Fällen umgesetzte Möglichkeit und Befugnis zur Entscheidung durch die Konzernleitung. Die faktisch bestehende Möglichkeit, Entscheidungen auch gegen den Willen eines Konzernmitgliedes durchzusetzen, sei für das Entstehen des Konzerns ausreichend. Die latent vorhandene Konzernleitungsmacht werde die Manager der Konzernmitgliedsgesellschaften ganz ohne tatsächlich ausgeübte Leitungsmacht zu einem Verhalten veranlassen, wie es die Konzernleitung wünsche. Dies relativiere den Unterschied zwischen beherrschendem Einfluss und tatsächlicher Leitung. Im Hinblick auf die festgestellte enge Personenverflechtung zwischen dem Vorstand der Stiftung und den Beiräten der von der Stiftung beherrschten Gesellschaften liege eine unmittelbare einheitliche Leitung und nicht bloß eine Leitungsmöglichkeit durch den Stiftungsvorstand vor. Personelle Verflechtungen seien ein Mittel der einheitlichen Leitung. Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgte, so ergäbe sich eine Aufsichtsratspflicht hier aber schon aus der bloßen Möglichkeit der einheitlichen Leitung. Dafür spreche schon der enge Zusammenhang zwischen § 15 Abs 1 und 2 AktG. Zweck der Aufsichtsratspflicht sei die Wahrung der Arbeitnehmermitbestimmung. Die maßgeblichen Entscheidungen werden im Konzern schon im „Vorfeld“, also auf der Ebene der Konzernleitung, getroffen und von den beherrschten Unternehmen dann nur faktisch umgesetzt. Schon deshalb müsse die Aufsichtsratspflicht „tendenziell eher weit verstanden werden“. Für das gefundene Ergebnis sprächen auch verfahrensrechtliche Erwägungen. Ob eine Stiftung aufsichtsratspflichtig sei müsse schon im Zeitpunkt der Firmenbucheintragung beurteilbar sein. Die Frage müsse normaler Weise nach Urkunden beurteilt werden. Eine Überprüfung, welche Leitungstätigkeit die Stiftung tatsächlich ausübe, würde das Firmenbuchverfahren „regelmäßig überfrachten“. Eine Aufsichtsratsbestellung käme in vielen Fällen zu spät. Die Frage der Aufsichtsratspflicht müsse im üblicher Weise auf Urkundenbeweise beschränkten - Eintragsverfahren zu klären sein. Auch aus dem Umfang der Prüfungsbefugnis eines Aufsichtsrats nach § 25 Abs 2 PSG sei nichts anderes abzuleiten. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sei der Aufgabenbereich des Stiftungsaufsichtsrats weiter gezogen als bei Kapitalgesellschaften. Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Privatstiftung nicht Folge. Es teilte die Auffassung des Erstgerichts, dass die Bestellung eines Aufsichtsrats für die Privatstiftung nicht eine tatsächlich ausgeübte einheitliche Leitung des Konzerns voraussetze, sondern schon bei der bloßen Möglichkeit der einheitlichen Leitung erfolgen müsse. Dies ergebe sich schon aus der wörtlichen Auslegung des Gesetzes. Aus dem Beherrschungstatbestand sei ein weites Verständnis des Begriffs der „einheitlichen Leitung“ abzuleiten. Dafür sprächen auch teleologische Überlegungen. Der Verweis des Paragraph 22, Absatz eins, Ziffer 2, PSG auf Paragraph 15, Absatz eins, AktG dürfe nicht isoliert gesehen werden. Paragraph 15, AktG enthalte nicht zwei verschiedene Tatbestände. Paragraph 15, Absatz 2, AktG sei eine authentische Interpretation eines Anwendungsfalls der einheitlichen Leitung. Bei der Auslegung des Paragraph 15, Absatz eins, AktG sei auf Paragraph 15, Absatz 2, AktG Bedacht zu nehmen. In der Literatur zum Privatstiftungsrecht werde die Aufsichtsratspflicht der Stiftung nicht näher erörtert. Nach Arnold (PSG) definiere weder das PSG noch das AktG oder das GmbHG den Begriff der einheitlichen Leitung. Grundvoraussetzung sei es, dass die maßgeblichen Entscheidungen tatsächlich nach den geschäftlichen Vorstellungen der Muttergesellschaft getroffen werden. Nach Wessely (in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG Paragraph 22, Rz 6) genüge für die Aufsichtsratspflicht zwar nicht die bloße Möglichkeit einer einheitlichen Leitung. Die Autorin räume jedoch ein, dass das Mindesterfordernis an Koordination „unklar“ sei. Doralt (in Doralt/Kalss/Nowotny) weise überzeugend darauf hin, dass die Diskussion im Schrifttum der Realität des modernen Konzernlebens nicht Rechnung trage. Das wesentliche Element für die Leitung sei nur die in wenigen Fällen umgesetzte Möglichkeit und Befugnis zur Entscheidung durch die Konzernleitung. Die faktisch bestehende Möglichkeit, Entscheidungen auch gegen den Willen eines Konzernmitgliedes durchzusetzen, sei für das Entstehen des Konzerns ausreichend. Die latent vorhandene Konzernleitungsmacht werde die Manager der Konzernmitgliedsgesellschaften ganz ohne tatsächlich ausgeübte Leitungsmacht zu einem Verhalten veranlassen, wie es die Konzernleitung wünsche. Dies relativiere den Unterschied zwischen beherrschendem Einfluss und tatsächlicher Leitung. Im Hinblick auf die festgestellte enge Personenverflechtung zwischen dem Vorstand der Stiftung und den Beiräten der von der Stiftung beherrschten Gesellschaften liege eine unmittelbare einheitliche Leitung und nicht bloß eine Leitungsmöglichkeit durch den Stiftungsvorstand vor. Personelle Verflechtungen seien ein Mittel der einheitlichen Leitung. Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgte, so ergäbe sich eine Aufsichtsratspflicht hier aber schon aus der bloßen Möglichkeit der einheitlichen Leitung. Dafür spreche schon der enge Zusammenhang zwischen Paragraph

15, Absatz eins und 2 AktG. Zweck der Aufsichtsratspflicht sei die Wahrung der Arbeitnehmermitbestimmung. Die maßgeblichen Entscheidungen werden im Konzern schon im „Vorfeld“, also auf der Ebene der Konzernleitung, getroffen und von den beherrschten Unternehmen dann nur faktisch umgesetzt. Schon deshalb müsse die Aufsichtsratspflicht „tendenziell eher weit verstanden werden“. Für das gefundene Ergebnis sprächen auch verfahrensrechtliche Erwägungen. Ob eine Stiftung aufsichtsratspflichtig sei müsse schon im Zeitpunkt der Firmenbucheintragung beurteilbar sein. Die Frage müsse normaler Weise nach Urkunden beurteilt werden. Eine Überprüfung, welche Leitungstätigkeit die Stiftung tatsächlich ausübe, würde das Firmenbuchverfahren „regelmäßig überfrachten“. Eine Aufsichtsratsbestellung käme in vielen Fällen zu spät. Die Frage der Aufsichtsratspflicht müsse im - üblicher Weise auf Urkundenbeweise beschränkten - Eintragsverfahren zu klären sein. Auch aus dem Umfang der Prüfungsbefugnis eines Aufsichtsrats nach Paragraph 25, Absatz 2, PSG sei nichts anderes abzuleiten. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sei der Aufgabenbereich des Stiftungsaufsichtsrats weiter gezogen als bei Kapitalgesellschaften.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Zur Frage der Aufsichtsratspflicht einer Privatstiftung liege noch keine oberstgerichtliche Rechtsprechung vor.

Mit ihrem ordentlichen Revisionsrekurs beantragt die Privatstiftung die Abänderung dahin, dass festgestellt werde, dass die Privatstiftung nicht aufsichtsratspflichtig sei sowie die ersatzlose Aufhebung des Beschlusses über die Bestellung der vier Personen zu Mitgliedern des Aufsichtsrats. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag zur Verfahrensergänzung gestellt.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist aus dem vom Rekursgericht angeführten Grund zulässig. Das Rechtsmittel ist im Sinne seines Aufhebungsantrags auch berechtigt.

I. Die Auslegung des Konzernbegriffs im Sinne der Verweisungsbestimmung des § 22 Abs 1 Z 2 PSG ist entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob die Privatstiftung als Konzernspitze angesehen werden kann und sie deshalb einen Aufsichtsrat haben muss. Zu fragen ist, ob durch den Verweis im § 22 PSG auf § 15 Abs 1 AktG schon klargestellt ist, dass (nur) vom gesellschaftsrechtlichen Begriff des Aktienrechts auszugehen ist. Die Frage ist zu verneinen: römisch eins. Die Auslegung des Konzernbegriffs im Sinne der Verweisungsbestimmung des Paragraph 22, Absatz eins, Ziffer 2, PSG ist entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob die Privatstiftung als Konzernspitze angesehen werden kann und sie deshalb einen Aufsichtsrat haben muss. Zu fragen ist, ob durch den Verweis im Paragraph 22, PSG auf Paragraph 15, Absatz eins, AktG schon klargestellt ist, dass (nur) vom gesellschaftsrechtlichen Begriff des Aktienrechts auszugehen ist. Die Frage ist zu verneinen:

1. § 15 Abs 1 AktG (gleichlautend § 115 Abs 1 GmbHG) definiert den Konzern als Zusammenfassung von rechtlich selbständigen Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Für das Vorliegen eines Konzerns reicht nach § 15 Abs 2 AktG aber schon ein beherrschender Einfluss: Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen. Auf diesen Tatbestand verweist § 22 Abs 1 PSG aber gerade nicht und normiert die Aufsichtsratspflicht der Privatstiftung als Konzernspitze für den Fall, dass die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften „aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften im Durchschnitt 300 übersteigt und sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt“. Der in § 15 Abs 2 AktG erwähnte mittelbar beherrschende Einfluss ist in der Formulierung des Beherrschungstatbestands des § 22 PSG nicht enthalten. Es wird noch zu erörtern sein, ob diesem Umstand bei der Auslegung des im Gesetz nicht definierten Begriffs der „einheitlichen Leitung“ Bedeutung zukommt.

1. Paragraph 15, Absatz eins, AktG (gleichlautend Paragraph 115, Absatz eins, GmbHG) definiert den Konzern als Zusammenfassung von rechtlich selbständigen Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Für das Vorliegen eines Konzerns reicht nach Paragraph 15, Absatz 2, AktG aber schon ein beherrschender Einfluss: Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern

und einzeln als Konzernunternehmen. Auf diesen Tatbestand verweist Paragraph 22, Absatz eins, PSG aber gerade nicht und normiert die Aufsichtsratspflicht der Privatstiftung als Konzernspitze für den Fall, dass die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften „aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % beherrscht und in beiden Fällen die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften im Durchschnitt 300 übersteigt und sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt“. Der in Paragraph 15, Absatz 2, AktG erwähnte mittelbar beherrschende Einfluss ist in der Formulierung des Beherrschungstatbestands des Paragraph 22, PSG nicht enthalten. Es wird noch zu erörtern sein, ob diesem Umstand bei der Auslegung des im Gesetz nicht definierten Begriffs der „einheitlichen Leitung“ Bedeutung zukommt.

2. Der Konzernbegriff und seine Auslegung im Zusammenhang mit einer Gesetzesbestimmung, die ebenfalls auf § 15 AktG verweist, war Gegenstand der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs als Kartellobergericht vom 10. 3. 2003, 16 Ok 20/02 = GesRZ 2003, 170. Gemäß § 41 Abs 3 KartG liegt ein der Fusionskontrolle unterliegender Unternehmenszusammenschluss vor, wenn alle beteiligten Unternehmen einem Konzern (§ 15 AktG, § 115 GmbHG) angehören. § 41 KartG verweist also auch auf die Beherrschungstatbestände des Gesellschaftsrechts, die eine bloß mittelbare Beherrschung normieren. In der zitierten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs als Kartellobergericht ging es um den geplanten Erwerb von 100 % der Aktien der österreichischen Postbus AG durch die ÖBB, der für sich allein den Zusammenschlusstatbestand des § 41 Abs 1 Z 3 KartG bildete. Auch dort war entscheidungswesentlich die Frage, ob ein Konzern schon bei bloßer Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme auf das Tochterunternehmen zu bejahen sei oder ob hierfür tatsächliche Einflussnahme nötig sei. Nach einer ausführlichen Darstellung der im österreichischen Schrifttum zum gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff vertretenen Ansichten gelangte der Oberste Gerichtshof zum Ergebnis, dass mit dem Konzernbegriff des § 15 AktG ein existentes wirtschaftliches Phänomen erfasst worden sei, das die Gefahr beinhaltet habe, dass gesellschaftsfremde Interessen verfolgt und schützenswerte Interessen (Minderheitsgesellschafter) beeinträchtigt werden. Historisch gesehen sei der Konzernbegriff des § 15 AktG der Älteste. Der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff schaffe keine Organisation, sondern erfasse nur das Phänomen des Konzerns und beschreibe die wesentlichen Erscheinungsformen dieses Phänomens. Der Begriff sei nach dem Zweck der jeweiligen inhaltlichen Regelungen zu gewichten und auszulegen. Markant sei auch, dass im Rahmen der neueren Gesetzgebung bei der Erfassung des Konzernproblems regelmäßig schon die bloße Beherrschungsmöglichkeit ausreiche (§ 244 HGB; § 22 Abs 2 ÜbernahmeG; § 92 Z 2 BörseG; § 30 BWG). In der Sache selbst stellte der Oberste Gerichtshof eine unterschiedliche Zielrichtung der gesellschaftsrechtlichen Konzernregelung (Schutz des beherrschten Unternehmens, der Aktionäre und der Gläubiger) und derjenigen nach Kartellrecht (präventive Wahrung des allgemeinen Interesses an der Aufrechterhaltung einer den Wettbewerb fördernden Marktstruktur) fest.

2. Der Konzernbegriff und seine Auslegung im Zusammenhang mit einer Gesetzesbestimmung, die ebenfalls auf Paragraph 15, AktG verweist, war Gegenstand der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs als Kartellobergericht vom 10. 3. 2003, 16 Ok 20/02 = GesRZ 2003, 170. Gemäß Paragraph 41, Absatz 3, KartG liegt ein der Fusionskontrolle unterliegender Unternehmenszusammenschluss vor, wenn alle beteiligten Unternehmen einem Konzern (Paragraph 15, AktG, Paragraph 115, GmbHG) angehören. Paragraph 41, KartG verweist also auch auf die Beherrschungstatbestände des Gesellschaftsrechts, die eine bloß mittelbare Beherrschung normieren. In der zitierten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs als Kartellobergericht ging es um den geplanten Erwerb von 100 % der Aktien der österreichischen Postbus AG durch die ÖBB, der für sich allein den Zusammenschlusstatbestand des Paragraph 41, Absatz eins, Ziffer 3, KartG bildete. Auch dort war entscheidungswesentlich die Frage, ob ein Konzern schon bei bloßer Möglichkeit der wirtschaftlichen Einflussnahme auf das Tochterunternehmen zu bejahen sei oder ob hierfür tatsächliche Einflussnahme nötig sei. Nach einer ausführlichen Darstellung der im österreichischen Schrifttum zum gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff vertretenen Ansichten gelangte der Oberste Gerichtshof zum Ergebnis, dass mit dem Konzernbegriff des Paragraph 15, AktG ein existentes wirtschaftliches Phänomen erfasst worden sei, das die Gefahr beinhaltet habe, dass gesellschaftsfremde Interessen verfolgt und schützenswerte Interessen (Minderheitsgesellschafter) beeinträchtigt werden. Historisch gesehen sei der Konzernbegriff des Paragraph 15, AktG der Älteste. Der gesellschaftsrechtliche Konzernbegriff schaffe keine Organisation, sondern erfasse nur das Phänomen des Konzerns und beschreibe die wesentlichen Erscheinungsformen dieses Phänomens. Der Begriff sei nach dem Zweck der jeweiligen inhaltlichen Regelungen zu gewichten und auszulegen. Markant sei auch, dass im Rahmen der neueren Gesetzgebung bei der Erfassung des Konzernproblems regelmäßig schon die bloße Beherrschungsmöglichkeit ausreiche (Paragraph 244, HGB; Paragraph 22, Absatz 2, ÜbernahmeG; Paragraph 92, Ziffer 2, BörseG; Paragraph 30, BWG). In der Sache selbst stellte der Oberste Gerichtshof eine unterschiedliche Zielrichtung

der gesellschaftsrechtlichen Konzernregelung (Schutz des beherrschten Unternehmens, der Aktionäre und der Gläubiger) und derjenigen nach Kartellrecht (präventive Wahrung des allgemeinen Interesses an der Aufrechterhaltung einer den Wettbewerb fördernden Marktstruktur) fest.

Den Ausführungen zum „methodischen Ansatz“ bei der Interpretation des Konzernbegriffs und des diesem innewohnenden, gesetzlich nicht definierten Begriffs der „einheitlichen Leitung“ schließt sich der erkennende Senat für die hier zu beurteilende Konzernbildung nach dem PSG an. Es genügt nicht die reine Wortinterpretation, die auf eine tatsächlich ausgeübte Leitung der Tochter- oder Enkelgesellschaften hinweisen mag. Der im Privatstiftungsrecht vom Gesetzgeber bei der Aufsichtsratspflicht verfolgte Zweck, also vornehmlich die Ermöglichung der Arbeitnehmermitbestimmung, ist bei der Auslegung ebenso einzubeziehen wie ganz allgemeine Erwägungen zur Zulässigkeit von Privatstiftungen als Konzernspitze.

II. Zu dem von der Privatstiftung vorgelegten Rechtsgutachten des Univ. Prof. Dr. H. Krejcirömisches II. Zu dem von der Privatstiftung vorgelegten Rechtsgutachten des Univ. Prof. Dr. H. Krejci:

Der Verfasser hält eine Prüfung des Beherrschungstatbestands des § 22 Abs 1 Z 2 zweiter Fall PSG für entbehrlich, weil die Privatstiftung an den Enkelgesellschaften nicht unmittelbar beteiligt sei und weder die Privatstiftung selbst noch die Holding Gesellschaft hier über die erforderliche Arbeitnehmerzahl verfüge. Dass eine bloß mittelbare Beteiligung eine Aufsichtsratspflicht der Privatstiftung begründen könne, werde von niemandem behauptet. Dieser Ansicht kann zwar bezogen auf den zweiten Fall des § 22 Abs 1 Z 2 PSG (den Beherrschungstatbestand) durchaus gefolgt werden, weil § 22 PSG anders als § 15 Abs 2 AktG einen mittelbar beherrschenden Einfluss nicht anführt. Die Gründe hierfür sind allerdings zu hinterfragen. Krejci lässt offen, warum nicht in der Zwischenschaltung einer gegenüber der Obergesellschaft (hier der Privatstiftung) weisungsgebundenen und völlig abhängigen Holding-Gesellschaft nicht eine einheitliche, wenn auch nur mittelbar ausgeübte Leitung der Enkelgesellschaften erblickt werden darf. Der Verfasser hält eine Prüfung des Beherrschungstatbestands des Paragraph 22, Absatz eins, Ziffer 2, zweiter Fall PSG für entbehrlich, weil die Privatstiftung an den Enkelgesellschaften nicht unmittelbar beteiligt sei und weder die Privatstiftung selbst noch die Holding Gesellschaft hier über die erforderliche Arbeitnehmerzahl verfüge. Dass eine bloß mittelbare Beteiligung eine Aufsichtsratspflicht der Privatstiftung begründen könne, werde von niemandem behauptet. Dieser Ansicht kann zwar bezogen auf den zweiten Fall des Paragraph 22, Absatz eins, Ziffer 2, PSG (den Beherrschungstatbestand) durchaus gefolgt werden, weil Paragraph 22, PSG anders als Paragraph 15, Absatz 2, AktG einen mittelbar beherrschenden Einfluss nicht anführt. Die Gründe hierfür sind allerdings zu hinterfragen. Krejci lässt offen, warum nicht in der Zwischenschaltung einer gegenüber der Obergesellschaft (hier der Privatstiftung) weisungsgebundenen und völlig abhängigen Holding-Gesellschaft nicht eine einheitliche, wenn auch nur mittelbar ausgeübte Leitung der Enkelgesellschaften erblickt werden darf.

In den weiteren Ausführungen vertritt der Rechtsgutachter die Ansicht, dass bei der Auslegung des Konzernbegriffs nicht allein die „aktienrechtliche Diskussion“ über einen engen oder weiten Konzernbegriff entscheidend sei. Beim stiftungsrechtlichen Konzern gehe es ebenfalls um eine wirtschaftliche Einheit, auch wenn in § 22 Abs 1 Z 2 PSG die Zusammenfassung zu „wirtschaftlichen Zwecken“ nicht ausdrücklich erwähnt sei. Aus dem Verbot der gewerbsmäßigen Tätigkeit von Privatstiftungen und dem Verbot der Geschäftsführung in Handelsgesellschaften (§ 1 Abs 2 Z 1 und 2 PSG) ergäbe sich das Verständnis eines engen Konzernbegriffs. Eine straffe Konzernführung durch die Privatstiftung sei unzulässig. Im Folgenden untersucht Krejci die Mindestanforderungen des Tatbestands der einheitlichen Konzernleitung, die aus Planung, Durchführung (Organisation) und Kontrolle bestehe. Hauptentscheidungsbereiche seien Finanz-, Personal-, Investitions-, Produktions- und Absatzpolitik. Wer lediglich Organwalter von Tochterunternehmen bestelle und Gesellschafterrechte ausübe (Grundlagengeschäfte und Gewinnverteilungsbeschlüsse) leite das Tochterunternehmen noch nicht einheitlich. Die herrschende Meinung im Schrifttum folge dem Gesetzeswortlaut. Danach müsse für die Aufsichtsratspflicht einer Privatstiftung eine einheitliche Leitung tatsächlich vorliegen. Die bloße Leitungsmöglichkeit reiche nicht. Beim Beherrschungstatbestand des § 15 Abs 2 AktG handle es sich um eine gesetzliche Vermutung. Dieser Tatbestand sei im § 22 Abs 1 Z 2 erster Fall PSG aber gerade nicht angesprochen. Die Privatstiftung entwickle keine gesellschaftsübergreifenden Leitungs- und Koordinationstätigkeiten. Es gebe keinerlei Beherrschungsverträge. Der Stiftungszweck bestehe ua in der Sicherung des wirtschaftlichen Fortbestands und des Wachstums jener Unternehmen, an denen die Privatstiftung unmittelbar oder mittelbar Beteiligungen halte oder erwerbe. Die Privatstiftung halte unmittelbar aber keine Beteiligungen, dies treffe nur bei der Holding Gesellschaft mbH zu. Die

Stiftungsurkunde lege dem Stiftungsvorstand hinsichtlich der Enkelgesellschaften lediglich die Überwachung und Aufsicht auf und Sorge lediglich dafür vor, dass die Privatstiftung über die Einrichtung von Beiräten bzw Aufsichtsräten in Tochter- und Enkelgesellschaften auf die Tätigkeit der entsprechenden Gesellschaft Einfluss nehmen könne. Es würden lediglich Zustimmungsrechte und keine Weisungsrechte festgelegt. Der Stifterwille bestehe nur in der beschriebenen Aufsicht nicht aber dahin, eine mehr oder weniger umfassende Konzernleitung zu etablieren. Zu diesen Ansichten ist Folgendes auszuführen: In den weiteren Ausführungen vertritt der Rechtsgutachter die Ansicht, dass bei der Auslegung des Konzernbegriffs nicht allein die „aktienrechtliche Diskussion“ über einen engen oder weiten Konzernbegriff entscheidend sei. Beim stiftungsrechtlichen Konzern gehe es ebenfalls um eine wirtschaftliche Einheit, auch wenn in Paragraph 22, Absatz eins, Ziffer 2, PSG die Zusammenfassung zu „wirtschaftlichen Zwecken“ nicht ausdrücklich erwähnt sei. Aus dem Verbot der gewerbsmäßigen Tätigkeit von Privatstiftungen und dem Verbot der Geschäftsführung in Handelsgesellschaften (Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins und 2 PSG) ergäbe sich das Verständnis eines engen Konzernbegriffs. Eine straffe Konzernführung durch die Privatstiftung sei unzulässig. Im Folgenden untersucht Krejci die Mindestanforderungen des Tatbestands der einheitlichen Konzernleitung, die aus Planung, Durchführung (Organisation) und Kontrolle bestehe. Hauptentscheidungsbereiche seien Finanz-, Personal-, Investitions-, Produktions- und Absatzpolitik. Wer lediglich Organwalter von Tochterunternehmen bestelle und Gesellschafterrechte ausübe (Grundlagengeschäfte und Gewinnverteilungsbeschlüsse) leite das Tochterunternehmen noch nicht einheitlich. Die herrschende Meinung im Schrifttum folge dem Gesetzeswortlaut. Danach müsse für die Aufsichtsratspflicht einer Privatstiftung eine einheitliche Leitung tatsächlich vorliegen. Die bloße Leitungsmöglichkeit reiche nicht. Beim Beherrschungstatbestand des Paragraph 15, Absatz 2, AktG handle es sich um eine gesetzliche Vermutung. Dieser Tatbestand sei im Paragraph 22, Absatz eins, Ziffer 2, erster Fall PSG aber gerade nicht angesprochen. Die Privatstiftung entwickle keine gesellschaftsübergreifenden Leitungs- und Koordinationstätigkeiten. Es gebe keinerlei Beherrschungsverträge. Der Stiftungszweck bestehe ua in der Sicherung des wirtschaftlichen Fortbestands und des Wachstums jener Unternehmen, an denen die Privatstiftung unmittelbar oder mittelbar Beteiligungen halte oder erwerbe. Die Privatstiftung halte unmittelbar aber keine Beteiligungen, dies treffe nur bei der Holding Gesellschaft mbH zu. Die Stiftungsurkunde lege dem Stiftungsvorstand hinsichtlich der Enkelgesellschaften lediglich die Überwachung und Aufsicht auf und Sorge lediglich dafür vor, dass die Privatstiftung über die Einrichtung von Beiräten bzw Aufsichtsräten in Tochter- und Enkelgesellschaften auf die Tätigkeit der entsprechenden Gesellschaft Einfluss nehmen könne. Es würden lediglich Zustimmungsrechte und keine Weisungsrechte festgelegt. Der Stifterwille bestehe nur in der beschriebenen Aufsicht nicht aber dahin, eine mehr oder weniger umfassende Konzernleitung zu etablieren. Zu diesen Ansichten ist Folgendes auszuführen:

III. 1. Die bloße Möglichkeit zur einheitlichen Leitung verwirklicht den Tatbestand des § 15 Abs 1 AktG noch nicht: römisch III. 1. Die bloße Möglichkeit zur einheitlichen Leitung verwirklicht den Tatbestand des Paragraph 15, Absatz eins, AktG noch nicht:

Der herrschenden Auffassung im Schrifttum (Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 31; Koppensteiner, GmbHG² Rz 15 zu § 115; Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG Rz 12 zu § 15; Feichtinger-Burgstaller in Hasch, Kurzkommentar 112) ist zuzustimmen. Die Auffassung kann nicht nur den Wortlaut des Gesetzes bei der Formulierung des Tatbestands (Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung; noch deutlicher das PSG: ... wenn ... die Privatstiftung ... einheitlich leitet) für sich ins Treffen führen. Der in den Gesetzen jeweils unmittelbar anschließend normierte Beherrschungstatbestand wäre überflüssig, wenn generell schon die Beherrschungsmöglichkeit aufgrund von Anteilsmehrheit allein ausschlaggebend sein sollte und lediglich eine bloße Anteilsverwaltung einen Konzern und damit Aufsichtsratspflicht ausschlösse. Der herrschenden Auffassung im Schrifttum (Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 31; Koppensteiner, GmbHG² Rz 15 zu Paragraph 115 ;, Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG Rz 12 zu Paragraph 15 ;, Feichtinger-Burgstaller in Hasch, Kurzkommentar 112) ist zuzustimmen. Die Auffassung kann nicht nur den Wortlaut des Gesetzes bei der Formulierung des Tatbestands (Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung; noch deutlicher das PSG: ... wenn ... die Privatstiftung ... einheitlich leitet) für sich ins Treffen führen. Der in den Gesetzen jeweils unmittelbar anschließend normierte Beherrschungstatbestand wäre überflüssig, wenn generell schon die Beherrschungsmöglichkeit aufgrund von Anteilsmehrheit allein ausschlaggebend sein sollte und lediglich eine bloße Anteilsverwaltung einen Konzern und damit Aufsichtsratspflicht ausschlösse.

2. Dass eine tatsächlich ausgeübte Leitungstätigkeit vorliegen muss, ergibt sich grundsätzlich schon aus dem Zweck der Aufsichtsratsbestellung. Der Aufsichtsrat hat Überwachungsfunktion (§ 25 PSG). Wenn keine Leitungstätigkeit entfaltet

wird (das erforderliche Ausmaß wird noch zu erörtern sein), besteht kein Überwachungsbedarf. Eine präventive Aufsichtsratsbestellung sieht das Gesetz nicht vor. Darin liegt schon der wesentliche Unterschied zu dem zitierten Fall nach dem Kartellrecht, in dem es um die wettbewerbsrechtliche Beurteilung vor einem Zusammenschluss ging. Aus dem PSG ist ein solcher präventiver Gesetzeszweck aber nicht ableitbar. Die gegenteilige Ansicht müsste denklogisch dann auch dazu führen, dass ein Aufsichtsrat schon bestellt werden müsste, wenn die bloße Möglichkeit besteht, dass die Anzahl der Arbeitnehmer der Privatstiftung bzw eines Tochterunternehmens 300 übersteigt bzw in Zukunft übersteigen wird.² Dass eine tatsächlich ausgeübte Leitungstätigkeit vorliegen muss, ergibt sich grundsätzlich schon aus dem Zweck der Aufsichtsratsbestellung. Der Aufsichtsrat hat Überwachungsfunktion (Paragraph 25, PSG). Wenn keine Leitungstätigkeit entfaltet wird (das erforderliche Ausmaß wird noch zu erörtern sein), besteht kein Überwachungsbedarf. Eine präventive Aufsichtsratsbestellung sieht das Gesetz nicht vor. Darin liegt schon der wesentliche Unterschied zu dem zitierten Fall nach dem Kartellrecht, in dem es um die wettbewerbsrechtliche Beurteilung vor einem Zusammenschluss ging. Aus dem PSG ist ein solcher präventiver Gesetzeszweck aber nicht ableitbar. Die gegenteilige Ansicht müsste denklogisch dann auch dazu führen, dass ein Aufsichtsrat schon bestellt werden müsste, wenn die bloße Möglichkeit besteht, dass die Anzahl der Arbeitnehmer der Privatstiftung bzw eines Tochterunternehmens 300 übersteigt bzw in Zukunft übersteigen wird.

3. Das rein verfahrensrechtliche Argument, dass im Eintragungsverfahren der Sachverhalt einer tatsächlich ausgeübten Leitung von Tochter- bzw Enkelunternehmen schwer überprüfbar sei, ist kein tragfähiges Argument dafür, schon die bloße Möglichkeit einer einheitlichen Leitung für ausreichend zu erachten, einen Aufsichtsrat zu bestellen. Das Firmenbuchverfahren ist nicht generell ein reines Urkundenverfahren (vgl die weitgehende Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts im Tatsachenbereich in den Umgründungsfällen).³ Das rein verfahrensrechtliche Argument, dass im Eintragungsverfahren der Sachverhalt einer tatsächlich ausgeübten Leitung von Tochter- bzw Enkelunternehmen schwer überprüfbar sei, ist kein tragfähiges Argument dafür, schon die bloße Möglichkeit einer einheitlichen Leitung für ausreichend zu erachten, einen Aufsichtsrat zu bestellen. Das Firmenbuchverfahren ist nicht generell ein reines Urkundenverfahren vergleiche die weitgehende Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts im Tatsachenbereich in den Umgründungsfällen).

IV. Der Begriff „einheitliche Leitung“ ist jedoch entgegen der Ansicht Krejcis nicht dahin auszulegen, als ob der Gesetzgeber formuliert hätte: „... unmittelbar einheitlich leitet“. Zu untersuchen ist die aufgezeigte Diskrepanz (geradezu Antinomie) der §§ 1 f und 22 PSG, also die Frage nach der Zulässigkeit einer unternehmerisch tätig werdenden Privatstiftung als Konzernspitze:^{römisch IV.} Der Begriff „einheitliche Leitung“ ist jedoch entgegen der Ansicht Krejcis nicht dahin auszulegen, als ob der Gesetzgeber formuliert hätte: „... unmittelbar einheitlich leitet“. Zu untersuchen ist die aufgezeigte Diskrepanz (geradezu Antinomie) der Paragraphen eins, f und 22 PSG, also die Frage nach der Zulässigkeit einer unternehmerisch tätig werdenden Privatstiftung als Konzernspitze:

1. Gemäß § 1 Abs 2 Z 1 und 2 PSG darf eine Privatstiftung keine gewerbsmäßige Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben oder die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen. Die einheitliche Leitung eines Konzerns mit den schon angeführten Tätigkeitsbereichen (Konzernplanung, Finanzkoordination uva) kann als eine auf Gewinn ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit ausgestaltet sein und damit dem Verbot des § 1 unterliegen (Doralt/Nowotny/Kalss PSG Rz 6 zu § 1). Andererseits ist aus § 22 PSG ja gerade zu folgern, dass eine Privatstiftung als Konzernspitze von Kapitalgesellschaften unter vom Gesetzgeber völlig offengelassenen und schwer abgrenzbaren Voraussetzungen offenbar doch für zulässig erachtet wird. Im Schrifttum vertritt Kalss (in Doralt/Nowotny/Kalss PSG Rz 73 zu § 1) die Auffassung, dass die Konzernleitung gegenüber der Geschäftsführung kein aliud darstelle. Eine sinnvolle Abgrenzung zwischen verbotener Geschäftsführung einerseits und zulässiger Konzernleitung andererseits sei nicht möglich. Die Ausübung unternehmerischer Leitungsfunktion als Konzernmutter sei gegenüber unternehmerischer Tätigkeit in der eigenen Gesellschaft kein „rechtsqualitatives aliud“. Bei - potentieller - Leitung der Aktivitäten der Tochtergesellschaften beteilige sich die Privatstiftung praktisch selbst am Markt; gerade diesem Umstand stehe aber das PSG ablehnend gegenüber. Wenn eine Privatstiftung Allein- oder Mehrheitseignerin einer Gesellschaft sei, empfehle sich zum klaren Ausschluss der Konzernleitung eine Entherrschungsklausel oder eine Klarstellung der beteiligungshaltenden Holdingfunktion. Die Aufsichtsratspflicht könne zwar durch Einschaltung einer Holdinggesellschaft vermieden werden, weil § 22 PSG die Beherrschung durch unmittelbare Beteiligung verlange, § 1 Abs 2 PSG verbiete aber auch die mittelbare Einflussnahme und Geschäftsführung (Kalss aaO Rz 74). Eine bloß beteiligungsverwaltende Tätigkeit sei der Privatstiftung aber gestattet

(aaO Rz 75). Auch Czoklich (in Czoklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz 26) steht wegen des Widerspruchs des Verbots des § 1 PSG zu den §§ 22 und 25 PSG auf dem Standpunkt, dass eine Privatstiftung eine Konzernspitze nicht übernehmen dürfe. Die Bestimmungen über den Aufsichtsrat seien nur über Drängen der Arbeiterkammer im Interesse der Arbeitnehmermitbestimmung in das PSG aufgenommen worden, um Vorsorge für den Fall zu treffen, dass eine Privatstiftung tatsächlich Handelsgesellschaften beherrsche.¹ Gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins und 2 PSG darf eine Privatstiftung keine gewerbsmäßige Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben oder die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen. Die einheitliche Leitung eines Konzerns mit den schon angeführten Tätigkeitsbereichen (Konzernplanung, Finanzkoordination uva) kann als eine auf Gewinn ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit ausgestaltet sein und damit dem Verbot des Paragraph eins, unterliegen (Doralt/Nowotny/Kalss PSG Rz 6 zu Paragraph eins,). Andererseits ist aus Paragraph 22, PSG ja gerade zu folgern, dass eine Privatstiftung als Konzernspitze von Kapitalgesellschaften unter vom Gesetzgeber völlig offengelassenen und schwer abgrenzbaren Voraussetzungen offenbar doch für zulässig erachtet wird. Im Schrifttum vertritt Kalss (in Doralt/Nowotny/Kalss PSG Rz 73 zu Paragraph eins,) die Auffassung, dass die Konzernleitung gegenüber der Geschäftsführung kein aliud darstelle. Eine sinnvolle Abgrenzung zwischen verbotener Geschäftsführung einerseits und zulässiger Konzernleitung andererseits sei nicht möglich. Die Ausübung unternehmerischer Leitungsfunktion als Konzernmutter sei gegenüber unternehmerischer Tätigkeit in der eigenen Gesellschaft kein „rechtsqualitatives aliud“. Bei - potentieller - Leitung der Aktivitäten der Tochtergesellschaften beteilige sich die Privatstiftung praktisch selbst am Markt; gerade diesem Umstand stehe aber das PSG ablehnend gegenüber. Wenn eine Privatstiftung Allein- oder Mehrheitseignerin einer Gesellschaft sei, empfehle sich zum klaren Ausschluss der Konzernleitung eine Entherrschungsklausel oder eine Klarstellung der beteiligungshaltenden Holdingfunktion. Die Aufsichtsratspflicht könne zwar durch Einschaltung einer Holdinggesellschaft vermieden werden, weil Paragraph 22, PSG die Beherrschung durch unmittelbare Beteiligung verlange, Paragraph eins, Absatz 2, PSG verbiete aber auch die mittelbare Einflussnahme und Geschäftsführung (Kalss aaO Rz 74). Eine bloß beteiligungsverwaltende Tätigkeit sei der Privatstiftung aber gestattet (aaO Rz 75). Auch Czoklich (in Czoklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz 26) steht wegen des Widerspruchs des Verbots des Paragraph eins, PSG zu den Paragraphen 22 und 25 PSG auf dem Standpunkt, dass eine Privatstiftung eine Konzernspitze nicht übernehmen dürfe. Die Bestimmungen über den Aufsichtsrat seien nur über Drängen der Arbeiterkammer im Interesse der Arbeitnehmermitbestimmung in das PSG aufgenommen worden, um Vorsorge für den Fall zu treffen, dass eine Privatstiftung tatsächlich Handelsgesellschaften beherrsche.

2. Der radikalen Ansicht, dass die Konzernleitung oder Konzernbeherrschung du

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at