

# Personengesellschaften als Stifter

## Anmerkung zu OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v

RdW 2004/  
46  
S. 67

Gem § 3 Abs 1 PSG können Stifter einer Privatstiftung „eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen“ sein. Personengesellschaften kommen in dieser Aufzählung nicht vor. Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, wenn man von der – weit verbreiteten – Annahme ausgeht, dass zu den Rechtssubjekten ausschließlich (tertium non datur) die natürlichen und juristischen Personen zählen. Inwieweit diese Prämisse zu hinterfragen ist, soll – anhand einer Entscheidungsbesprechung – ebenso erörtert werden wie die Frage, welche Stifterrechte welchen Rechtssubjekten eingeräumt bzw vorbehalten werden können.

**RA MMag. Dr. Gerhard  
Hochedlinger, E.M.L.E**  
Wien

### 1. Einleitung

Vorweg sei festgehalten, dass es völlig hM ist, dass die Gesamthandgesellschaften OHG, KG, OEG und KEG Stifter von Privatstiftungen sein können<sup>1)</sup>. Nicht als Stifter fungieren können die stille Gesellschaft als bloße Innengesellschaft<sup>2)</sup> und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als nicht rechtsfähige Gesellschaft<sup>3)</sup>.

Bei den Personenhandelsgesellschaften (OHG und KG) zu beachten ist jedoch, dass diese gesetzlich zwingend ausschließlich oder zumindest überwiegend auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sind<sup>4)</sup>. Die Gründung etwa einer OHG lediglich zum Zweck der Errichtung einer Privatstiftung ist daher nicht möglich. Anders bei der EEG: Hier ist es grundsätzlich denkbar, dass deren Gesell-

schaftszweck bloß in der Errichtung einer Privatstiftung besteht<sup>5)</sup>.

Die sich angesichts der Formulierung des § 3 PSG allenfalls stellende Frage, ob der Gesetzgeber beim PSG etwa auf die Personenhandelsgesellschaften ebenso wie auf die eingetragenen Erwerbsgesellschaften schlicht vergessen haben könnte, ist im Übrigen nicht nur aufgrund der Bestimmung des § 1 Abs 2 Z 3 PSG, wo diese ausdrücklich erwähnt werden, zu verneinen; auch in den Gesetzesmaterialien ist klar gestellt, dass die OHG, KG, OEG und KEG als Stifter nicht ausgeschlossen sind<sup>6)</sup>.

Dennoch aber sind diese Personengesellschaften nicht in § 3 Abs 1 PSG erwähnt. Folgt man nun dem für die Gesetzesauslegung geltenden Grundsatz, dass „der äußerst mögliche Wortsinn die Grenze jeglicher Auslegung absteckt“<sup>7)</sup>,

1) Vgl zB *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 3 Rz 2; *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz 45; *G. Nowotny*, Die Anforderungen an die Stiftungsurkunde aus dem Blickwinkel des Firmenbuchgerichts, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis 148. Wie *N. Arnold* betont, wäre ein genereller Ausschluss von Personengesellschaften sachlich nicht zu rechtfertigen und daher auch verfassungsrechtlich nicht haltbar (*N. Arnold*, PSG-Kommentar § 3 Rz 16). Offenbar als Selbstverständlichkeit hat auch der OGH in der hier gegenständlichen E OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v eine OEG als Stifterin anerkannt (vgl OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v in RdW 2001/502 = wbl 2002/94 = eolex 2003/51 = GesRZ 2002, 27).

2) *N. Arnold*, aaO § 3 Rz 25.

3) *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, aaO 45; *N. Arnold*, aaO § 3 Rz 24.

4) Vgl zB *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup>, 79; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II – Personengesellschaften<sup>4</sup>, 125; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup>, 1357; *ders* in *Schlegelberger*, HGB<sup>5</sup> § 105 Rz 35; *Hueck*, Das Recht der OHG<sup>4</sup>, 27.

5) Vgl *H. Torggler* in FS Krejci, Personengesellschaft und Privatstiftung 929 f. Im Übrigen ist es keineswegs undenkbar, dass auch der Gesellschaftszweck einer GesBR in der Errichtung einer Privatstiftung besteht. Selbstverständlich müssten diesfalls jedoch letztlich die Gesellschafter der GesBR die Stifterrolle übernehmen (vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 3 Rz 2; *H. Torggler* in FS Krejci 929; *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, aaO 45; *N. Arnold*, aaO § 3 Rz 24).

6) Vgl EB PSG zu § 3: „Durch die Wendung ‚natürliche oder juristische Personen‘ sollen Personenhandelsgesellschaften oder Erwerbsgesellschaften als Stifter nicht ausgeschlossen werden.“

7) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>11</sup> I 22 mwN; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>3</sup>, 145. Dass dieser Grundsatz aber gerade im Zusammenhang mit der Rechtsnatur von Personengesellschaften keineswegs konsequent verfolgt wird, haben insb *Hochedlinger* (Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Unternehmen und Betrieben bei Personenhandelsgesellschaften 56; *ders*, Die Übertragung von Unternehmen und Gesellschaftsanteilen nach § 142 HGB, GesRZ 2002, 189 mwN) und *Dellinger* (Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation 28) aufgezeigt.

dann müssen die Gesamthandgesellschaften OHG, KG, OEG und KEG, will man diese als Stifter zulassen, entweder juristische Personen sein, oder aber die Gesellschafter dieser Personengesellschaften müssen als die „eigentlichen“ Stifter betrachtet werden. Ein dritter Weg könnte nur bei Aufgabe des eingangs als „tertium non datur“ bezeichneten Prinzips beschränkt werden, wobei diesfalls die Bestimmung des § 3 Abs 1 PSG analog auf die rechtsfähigen<sup>8)</sup> Gesamthandgesellschaften angewendet werden müsste.

## 2. Die Rechtsnatur der Gesamthandgesellschaften

### 2.1 Die in der Lehre vertretenen Rechtsansichten

#### 2.1.1 OHG, KG, OEG, KEG – juristische Personen?

Wenngleich die hL betont, dass der historische Gesetzgeber mit der Gesamthandgemeinschaft gerade keine juristische Person im Auge hatte<sup>9)</sup>, hat doch eine Reihe von Autoren die Auffassung vertreten, die OHG<sup>10)</sup> sei eine juristische Person<sup>11)</sup>, wobei vielfach auf das hohe Maß an Selbstständigkeit der OHG verwiesen wurde<sup>12)</sup>. Auch der Gedanke einer europäischen Rechtsangleichung wird in den letzten Jahren verstärkt als Argument für die Qualifikation der OHG als juristische Person in Treffen geführt<sup>13)</sup>.

#### 2.1.2 Die Vielheitstheorie als traditionelle Ansicht

Die hier als traditionelle Ansicht bezeichnete ältere Lehre baut konsequent auf der Prämisse auf, dass nur natürliche und juristische Personen Rechtsträger sein können<sup>14)</sup>, und sieht folglich – wenn die OHG keine juristische Person darstellt – die Gesamthänder, dh die Gesellschafter der Gesamthandgesellschaft, als Rechtsträger an<sup>15)</sup>.

#### 2.1.3 Die im Vordringen befindliche Einheitstheorie

Die Einheitstheorie geht – als Antithese zur Vielheitslehre – von der Rechtssubjektivität der Gesamthand als solcher aus

- 8) Dass der mitunter verwendete Begriff der Teilrechtsfähigkeit iZm Gesamthandgesellschaften unglücklich und irreführend ist, haben insb *Dellinger*, aaO 34 ff; *Straube/Davy*, Rechtsfähigkeit ohne Rechtspersönlichkeit?, GesRZ 1980, 176 f, sowie *Mülbert*, Die rechtsfähige Personengesellschaft, AcP 199 (1999), 44 ff dargelegt.
- 9) Für viele vgl *Dellinger*, aaO 12; *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts 102.
- 10) Weil der Terminus „Personenhandelsgesellschaften“ als Sammelbezeichnung für die Rechtsformen der OHG, KG, OEG und KEG zu eng, der Ausdruck „Personengesellschaften“ hierfür hingegen zu weit gefasst ist (zumal diesfalls auch die stille Gesellschaft und die GesBR miteinbezogen würden), soll im Folgenden bloß von der OHG gesprochen werden. Die dabei angestellten Überlegungen gelten sinngemäß im Wesentlichen auch für die KG und die EEG.
- 11) Vgl zB *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht 60; *Wieland*, Handelsrecht 398.
- 12) Vgl zB *Straube/Davy*, GesRZ 1980, 179.
- 13) Vgl *Raiser*, Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts, AcP 194 (1994), 511; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup>, 192; *Dellinger*, aaO 45.
- 14) So insb *Koziol/Welser*, aaO 48; zur Problematik ausführlich *Hochedlinger*, GesRZ 2002, 186.
- 15) Ausführlich dazu *Schulze-Osterloh*, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung 5 ff; *Flume*, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 199; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften 29 ff; *Weber-Grellet*, Die Gesamthand – ein Mysterienspiel?, AcP 182 (1982), 328; *von Stebut*, Die Haftung ausgeschiedener Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen – Gesellschaftswechsler und Identität von Personenhandelsgesellschaften, ZGR 1981, 197; für Österreich vgl *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 124 Art 7 Nr 9–11 Rz 5 (krit hiezu [genauer: zur – im Wesentlichen unveränderten – Voraufgabe] *Dellinger*, aaO 11 f); *Hämmerle/Wünsch*, aaO 128; *Kastner/Doralt/Nowotny*, aaO 83.

und stützt sich in ihrer Argumentation vor allem auf die Bestimmung des § 124 HGB, welche normiert, dass die OHG „unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden (kann)“, und welche es „konsequent“ anzuwenden gilt<sup>16)</sup>.

In Deutschland bereits seit längerem als „herrschende Meinung“ bezeichnet<sup>17)</sup>, kann seit kurzem auch in Österreich konstatiert werden, dass die Einheitstheorie im Vordringen befindlich ist. Jedenfalls findet sich nunmehr nicht nur in einzelnen Aufsätzen<sup>18)</sup>, sondern auch in Kommentaren zum HGB der Ansatz, die OHG als rechtsfähige Gesamthandgesellschaft zu begreifen, was bedeutet, dass die Einteilung der Rechtssubjekte um die rechtsfähigen Personengesellschaften erweitert werden muss, die damit neben den natürlichen und juristischen Personen stehen<sup>19)</sup>.

### 2.2 Die Judikatur zum Wesen der Gesamthandgesellschaften

Wie *Brandes* aufgezeigt hat, vertritt der BGH bereits seit geraumer Zeit den Standpunkt, dass die OHG als solche Trägerin von Rechten und Pflichten ist<sup>20)</sup>. Während der BGH sohin der Einheitslehre folgt<sup>21)</sup>, führt der OGH regelmäßig aus, dass die OHG keine juristische Person sei und (folglich) keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt<sup>22)</sup>. Entscheidungen, wonach die OHG als selbstständiges Rechtssubjekt aufzufassen ist, sind – soweit ersichtlich – in der klaren Minderheit<sup>23)</sup>, insb aber blieb die E OGH 21. 10. 1975, 4 Ob 623/75<sup>24)</sup>, in der die OHG (ohne nähere Begründung) als juristische Person bezeichnet wurde, ein Einzelfall.

- 16) Vgl hiezu insb *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup>, 207. Zur Ambivalenz der Formulierungen in § 124 Abs 1 HGB einerseits und Art 7 Nr 9 EVHGB andererseits und den daraus resultierenden Problemen vgl insb *Torggler/Torggler* in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 105 Art 7 Nr 1 Rz 2a; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 124 Art 7 Nr 9–11 Rz 5; *Hochedlinger*, Übertragung von Gesellschaftsanteilen 56; *ders*, GesRZ 2002, 189 mwN.
- 17) Vgl zB *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup>, 1358; *Baumann*, Die Einmann-Personengesellschaft, BB 1998, 227.
- 18) Vgl zB *Hermann*, Zur Haftung gemäß § 128 HGB, *ecolex* 1995, 894; *Grünwald*, Rechtsfolgen des Erwerbs bzw Verlusts der Vollkaufmannseigenschaft bei Personengesellschaften, GesRZ 1993, 132; *Rüffler*, Zum Inhalt der Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB, JBl 1999, 227; *Karollus*, Unternehmerwechsel und Dauerschuldverhältnis, ÖJZ 1995, 246; *Lindacher*, Gesamthandschuld, Gesamthänderschuld und akzessorische Gesamthänderindividualschuld, GesRZ 1981, 61 ff; vgl aber auch Beiträge in umfassenderen Werken wie *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung 29; *Dellinger*, aaO 28; *Hochedlinger*, Übertragung von Gesellschaftsanteilen 56.
- 19) Vgl *Torggler/Torggler* in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 105 Art 7 Nr 1 Rz 2b [anders noch die Voraufgabe!].
- 20) *Brandes*, Die Rechtsprechung des BGH zur Offenen Handels-, Kommandit- und Personengesellschaft, WM 1990, 1224.
- 21) Die Rechtsträgerschaft der OHG wird vom BGH regelmäßig mit der Bestimmung des § 124 HGB begründet (vgl *Brandes*, WM 1990, 1224).
- 22) Vgl zB OGH 17. 9. 1963, 8 Ob 232/63 (EvBl 1964/13); OGH 10. 11. 1971, 3 Ob 102/71 in GesRZ 1972, 59 = EvBl 1972/162 = HS 8098; OGH 10. 7. 1986, 7 Ob 583/86 in wbl 1987, 161 = NZ 1987, 287 = HS 16.073; OGH 13. 4. 2000, 6 Ob 8/00w in *ecolex* 2001/17 = wbl 2000/317 = RdW 2000/653 = GBU 2000/11/01 = RWZ 2000/75; OGH 16. 3. 2000, 2 Ob 54/00f in GBU 2000/04/02 = RdW 2000/382 = *ecolex* 2000/209 = wbl 2000/257 = EvBl 2000/154. Vgl hiezu *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 105 Rz 5.
- 23) Vgl zB die E OGH 26. 3. 1996, 1 Ob 2002/96k in GesRZ 1997, 98 = EvBl 1996/101 = RdW 1996, 585 = ARD 4797/31/96 = HS 27.031 = MietSlg 48.237, in der der OGH – allerdings unter fragwürdiger Bezugnahme auf *Koppensteiner* [vgl *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I<sup>3</sup> § 124 Art 7 Nr 9–11 Rz 5] – die Gesellschaft als Trägerin des Gesellschaftsvermögens ansah; ähnlich OGH 23. 12. 1952, 1 Ob 1009/52 in JBl 1953, 297 = HS 1197.
- 24) OGH 21. 10. 1975, 4 Ob 623/75 in JBl 1978, 87 = HS 9119.

### 3. Die Entscheidung OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v

Eine lange strittige Frage war es, ob einem Stiftungsorgan bzw einem anderen Dritten die Kompetenz eingeräumt werden kann, den Vorstand einer Privatstiftung jederzeit ohne Beschränkung auf einen wichtigen Grund abzu berufen. Ebenso fraglich ist, ob sich der Stifter selbst ein solches freies Abberufungsrecht vorbehalten kann<sup>25)</sup>.

Hatte der OGH in E 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97x bereits ausgeführt, dass die Einrichtung eines nur mit Begünstigten besetzten Beirates einer Privatstiftung, dem die Befugnis zur Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands ohne Beschränkung auf einen wichtigen Grund zukommt, wegen der damit bewirkten Interessenkollision unzulässig sei<sup>26)</sup>, vertrat der OGH in E 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v – unter Berufung auf den Großteil der Lehre – die Auffassung, dass der Stifter generell keinem Dritten (mithin auch nicht einem nicht aus Begünstigten zusammengesetzten Stiftungsbeirat) die Kompetenz einräumen darf, den Stiftungsvorstand ohne Beschränkung auf einen wichtigen Grund abzu berufen. Zur Frage der Zulässigkeit der freien Abberufung als Stifterrecht verneinte der OGH, dass der Grundsatz, wonach die Stiftungsurkunde eine jederzeitige Abberufung von Vorstandsmitgliedern durch dritte Personen nur unter der Voraussetzung des Vorliegens sachlicher Abberufungsgründe vorsehen kann, auch dann gilt, „wenn der zur Abberufung berechnigte Stifter eine Personengesellschaft ist. In einem solchen Fall ist nicht sichergestellt, dass die Abberufung von Vorstandsmitgliedern vom Willen desselben Stifters getragen wird, der die Stiftungsurkunde errichtet ... hat“. Ein Wechsel in der Person der persönlich haftenden Gesellschafter der Gesamthand-Stifterin ändere zwar nichts an der Rechtspersönlichkeit der „unsterblich“ gewordenen Stifterin, beeinflusse aber maßgeblich deren Willensfindung und Entscheidungsinhalte zum jeweiligen Entscheidungszeitpunkt<sup>27)</sup>.

Diese Begründung verdient Kritik: Zum einen bejahte also der OGH ausdrücklich die Rechtspersönlichkeit der Gesamthandgesellschaft – Stifterin im gegenständlichen Fall war eine OEG –, zum anderen soll es aber für die Willensbildung einer Gesamthandgesellschaft nicht auf den Willen der „jeweils aktuellen“ Gesellschafter ankommen, sondern vielmehr auf den Gesellschafterstand zum Zeitpunkt der Stiftungerrichtung, wobei der OGH offensichtlich bereits die bloße Möglichkeit eines Gesellschafterwechsels als Eintragungshindernis ansah<sup>28)</sup>. Als Stifterin wurde mehrmals ex-

pressis verbis die Personengesellschaft – und nicht etwa deren Gesellschafter – bezeichnet. Sobald der OGH jedoch auf den „Willen des Stifters“ abstellte, meinte er offensichtlich mit „Stifter“ nicht länger die Gesamthand, sondern deren Mitglieder. Wer aber ist nun tatsächlich als Stifter anzusehen?

Während die Bejahung der Rechtssubjektivität einer OEG eindeutig für die Einheitslehre spricht, folgt der OGH mit seinem Abstellen auf die „jeweils aktuellen“ Gesellschafter gleichzeitig der traditionellen Vielheitsdoktrin, die im Übrigen gerade im Zusammenhang mit den einer Gesamthandgesellschaft eingeräumten Gestaltungsrechten – wie *Dellinger* es plakativ formuliert – „Kopferbrechen bereitet“<sup>29)</sup>. Insb aber im Zusammenhang mit Privatstiftungen tut sich ein Dilemma auf, wenn man die Mitglieder der Gesamthand als „eigentliche Stifter“ betrachtet, die Möglichkeit eines Gesellschafterwechsel bei Personengesellschaften nicht bestreiten will<sup>30)</sup>, gleichzeitig aber mit der hL eine „nachträgliche Erlangung der Stifterstellung“ verneint<sup>31)</sup>.

Wagt man jedoch einen Blick in die Gesetzesmaterialien zum PSG, so wird augenscheinlich, dass der OGH bei der hier gegenständlichen E 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v wohl weniger rechtsdogmatische Fragen zur Gesamthand im Auge hatte. Vielmehr scheint es, als ob der OGH bei seinen Ausführungen betreffend einen möglichen Wechsel bei den Entscheidungsträgern der Gesamthand-Stifterin offenbar auf die Bestimmung des § 34 zweiter Satz PSG schielte und diese sodann – allerdings ohne dies klar auszusprechen –

zugrunde, nicht lediglich die Möglichkeit eines begünstigtendominierten Stiftungsvorstands (vgl OGH 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97x in EvBl 1997/177 = JBl 1997, 776 = GesRZ 1997, 191 = RdW 1997, 534 = ecollex 1997, 85 = SZ 70/92 = ARD 4882/21/97 = HS 27.253 = HS 27.254).

29) Vgl *Dellinger*, aaO 17. Konsequenterweise müssten nämlich nach der Vielheitslehre insb bei Verträgen, die Dritte etwa mit einer OHG abschließen, die einzelnen Gesellschafter und nicht die Gesellschaft als „eigentliche Vertragspartner“ angesehen werden (so zB von *Stebut*, ZGR 1981, 203 f), was aber bei einem Gesellschafterwechsel Probleme bereitet. Die Tatsache, dass – zumindest in der Praxis – die ausgeschiedenen Gesellschafter einer OHG von den „aktuellen“ Gesellschaftern bei der Ausübung vertraglicher Gestaltungsrechte nicht gefragt werden (vgl *Dellinger*, aaO 16 f), könnte nun vielfach mit der „Unternehmensbezogenheit“ (dh mit einer Vorwegzustimmung der ausscheidenden Gesellschafter) dieser Verträge argumentiert werden (vgl *Karollus*, ÖJZ 1995, 295 ff; *Hochedlinger*, Übertragung von Gesellschaftsanteilen 216; *ders*, GesRZ 2002, 202), oder aber – will man nicht mit *Ostheim* mit dem Gedanken einer „transitorischen Rechtsfähigkeit“ (vgl *Ostheim*, aaO 16 f) oder mit *Zöllner* mit einer dem Gesetz nicht entnehmbaren „Art Gesamtrechtsnachfolge“ argumentieren (vgl *Zöllner*, Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, in FS Kraft 715) – man begreift, der Einheitslehre folgend, die OHG selbst als Vertragspartner.

30) Dazu, dass die Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen heute – anders als früher – einhellig bejaht wird, sowie zum diesbezüglichen Wandel in der Rechtsentwicklung vgl ausführlich *Hochedlinger*, Übertragung von Gesellschaftsanteilen 71 ff mwN. In E 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v hat der OGH die Möglichkeit eines Gesellschafterwechsels offensichtlich als selbstverständlich vorausgesetzt.

31) Wie *N. Arnold* betont, kann die Stifterstellung nachträglich ausnahmslos nicht erlangt werden (*N. Arnold*, aaO § 3 Rz 13; ebenso *Ch. Nowotny*, Urkunden und Privatstiftung, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, aaO 133; *G. Nowotny*, Die Anforderungen an die Stiftungsurkunde aus dem Blickwinkel des Firmenbuchgerichts, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, aaO 148; *Pittl*, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, NZ 1999, 198; *Guggenberger* in *Hasch & Partner*, Kurzkommentar PSG 32 f). Unklar hingegen *Kalss*, die an einer Stelle davon spricht, dass einem Zustifter auch nicht durch nachträgliche Satzungsänderung die Stellung als Stifter eingeräumt werden kann (vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 3 Rz 23), an anderer Stelle hingegen eine nachträgliche Erlangung der Stifterstellung offenbar nicht ausschließen will. Letzteres ua unter Hinweis auf die Möglichkeit eines Gesellschafterwechsels bei Gesamthandgesellschaften, wengleich *Kalss* hiezu ausführt, dass „de iure auch bei einem vollständigen Gesellschafterwechsel die Person des Stifters gleich bleibt“ (*Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 3 Rz 15).

25) Überblicksartig hiezu *Reich-Rohrwig/Gröss*, Zur Abberufung des Stiftungsvorstands, ecolx 2003, 103 mwN.

26) OGH 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97x in EvBl 1997/177 = JBl 1997, 776 = GesRZ 1997, 191 = RdW 1997, 534 = ecolx 1997, 85 = SZ 70/92 = ARD 4882/21/97 = HS 27.253 = HS 27.254.

27) OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v in RdW 2001/502 = wbl 2002/94 = ecolx 2003/51 = GesRZ 2002, 27.

28) Krit hiezu bereits *Ch. Nowotny*, Stifterrechte – Möglichkeiten und Grenzen, JBl 2003, 780; *Hochedlinger*, 10 Jahre PSG (in Kürze in Ges). Für eine Differenzierung etwa dahin gehend, dass ein Stifterrecht lediglich nach einer erfolgten Änderung in den rechtlichen oder wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten in der Stiftergesellschaft nicht länger ausgeübt werden darf, hat sich der OGH also nicht entschieden (so aber das OLG Wien zur Frage eines einem Stiftungsvorstand eingeräumten freien Abberufungsrechts: „... Vielmehr ist die Frage, ob ein Vorstandsmitglied von einem in unzulässiger ... Weise besetzten Beirat bestellt oder abberufen wird, vom Firmenbuchgericht erst zu prüfen, wenn die Bestellung/Abberufung eines Vorstandsmitglieds zur Eintragung in das Firmenbuchgericht angemeldet wird.“ (OLG Wien 31. 5. 1999, 28 R 244/98b in GesRZ 1999, 259 = wbl 2000/113 = ecolx 1999, 694 = NZ 2000, 120); der E OGH 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97x lag im Übrigen ein (jedenfalls und ausschließlich) „aus Begünstigten bzw aus Vertretern der Begünstigten“ bestehender Beirat

analog angewendet<sup>32)</sup>). Anders gewendet: Es liegt die Vermutung nahe, dass der OGH die in § 34 PSG normierte Differenzierung zwischen natürlichen Personen einerseits und Stiftern, die nicht natürliche Personen sind, andererseits auch bei der Frage der Zulässigkeit eines freien Abberufungsrechts vorgenommen hat.

Voraussetzung für eine Gesetzes- oder Einzelanalogie ist eine „planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts“, mithin eine „Lücke“, die es mit einem regelten, wertungsmäßig gleich gelagerten Fall zu schließen gilt<sup>33)</sup>. Weder liegt aber gegenständlich eine Lücke vor, noch ist § 34 PSG mit der gesetzlich nicht geregelten Frage eines jederzeitigen freien Abberufungsrechts vergleichbar. Wie aus der Bestimmung des § 34 PSG erhellt, war sich der Gesetzgeber der Problematik „ewig lebender“ Stifter durchaus bewusst. In diesem Wissen hat er zum Widerrufsrecht für juristische Personen – und nur dort – eine Ausnahmebestimmung geschaffen<sup>34)</sup>. Ratio legis der Bestimmung des § 34 zweiter Satz PSG ist es, einen im Hinblick auf die Existenz der Privatstiftung ewigen „Schwebezustand<sup>35)</sup>“, der überdies „von den manchmal rasch wechselnden Entscheidungsträgern einer juristischen Person abhängig“ wäre<sup>36)</sup>, zu vermeiden. Nachdem derlei Gedanken nicht auf das Änderungsrecht nach § 33 PSG zutreffen, kann dieses Gestaltungsrecht nach hA auch Stiftern, die keine natürlichen Personen sind, vorbehalten werden<sup>37)</sup>. Eine planwidrige Unvollständigkeit, die eine analoge Anwendung des § 34 zweiter Satz

PSG auf das Änderungsrecht nach § 33 PSG angebracht scheinen ließe, liegt nicht vor<sup>38)</sup>.

Was bedeutet nun dies für die gesetzlich nicht geregelte Frage eines freien Abberufungsrechts? Will man hierin eine planwidrige Unvollständigkeit im PSG erblicken und zur Füllung dieser Lücke § 33 PSG (wo keine Differenzierung zwischen natürlichen und anderen Personen vorgenommen wird) oder § 34 PSG (wo sehr wohl differenziert wird) heranziehen, so wäre das auf die inhaltliche Gestaltung der Stiftungserklärung ausgerichtete Änderungsrecht allemal nahe liegender als das auf die Existenz der Stiftung abzielende Widerrufsrecht.

Abgesehen davon darf nicht übersehen werden, dass ein einem Stifter allenfalls eingeräumtes Recht auf Bestellung und Abberufung von Stiftungsorganen – anders als etwa das Änderungsrecht nach § 33 PSG oder das Widerrufsrecht nach § 34 PSG – nach der Gesetzeterminologie nicht unter § 3 Abs 3 PSG fällt<sup>39)</sup>. Dies bedeutet, dass – wie *N. Arnold* darlegt – ein solches Recht auch übertragbar bzw vererblich ausgestaltet werden kann<sup>40)</sup>, mithin eine Argumentation in Richtung „Problematik rasch wechselnder Entscheidungsträger“ jedenfalls, dh unabhängig von der Frage der Rechtsnatur der Gesamthand<sup>41)</sup>, ins Leere geht.

Richtigerweise hätte der OGH freilich die an ihn herangetragene Frage der Zulässigkeit eines freien Abberufungsrechts – im Einklang mit der überwiegenden Lehre<sup>42)</sup> – gleich generell, dh auch für natürliche Personen, verneinen sollen, anstatt diese kunstvoll zu umgehen und zu differenzieren, wo Differenzierungen nicht angebracht sind<sup>43)</sup>. Da

32) Vgl EB PSG zu § 34: „... Das Widerrufsrecht soll zeitlich nicht unbegrenzt sein. Dies wird dadurch erreicht, dass es als ein Gestaltungsrecht nicht auf Rechtsnachfolger des Stifters übergeht (§ 3 Abs 3). Bei Stiftern, die juristische Personen sind, würde diese zeitliche Beschränkung nicht zum Tragen kommen. Daher sind juristische Personen von der Widerrufsmöglichkeit ausgeschlossen. Außerdem soll die Existenz der Privatstiftung nicht von den manchmal rasch wechselnden Entscheidungsträgern einer juristischen Person abhängig sein.“

33) *Kozio/Welser*, aaO 26 ff; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen<sup>3</sup>, 214. Die bloße Meinung eines Rechtsanwenders, eine Regelung sei rechtspolitisch wünschenswert, rechtfertigt die Annahme einer Gesetzeslücke daher noch nicht (*Larenz/Canaris*, aaO 197 ff).

34) Zwar steht eine Ausnahmebestimmung einer Analogie nicht per se entgegen, solange der Rahmen der engeren Ratio der Ausnahmeregel eingehalten wird (vgl *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup>, 440; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz<sup>2</sup>, 181 ff), die analoge Anwendung eines Tatbestands ist jedoch jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber die Rechtsfolge nur eintreten lassen will, wenn gerade die Voraussetzungen des geregelten Tatbestands erfüllt sind, mithin die Nichtregelung dem Plan des Gesetzes entspricht (*Kozio/Welser*, aaO 28).

35) Darauf, dass zur Vermeidung eben dieses „Schwebezustands“ – Vermögenszuwendungen des Stifters gelten als „noch nicht endgültig gemacht“, was den Fristenlauf nach § 785 Abs 3 ABGB, § 91 EheG, aber auch den der Anfechtungsfristen der AnFO und KO hemmt – in der Praxis zuweilen geraten wird, auf das Widerrufsrecht zu verzichten, haben insb *Hochedlinger/Hasch* hingewiesen (vgl *Hochedlinger/Hasch*, „Exekutions sichere“ Gestaltung von Stiftungserklärungen, RdW 2002/190).

36) Vgl EB PSG zu § 34 [s FN 32]. Auch hier soll es also nicht auf einen tatsächlichen Wechsel der Entscheidungsträger ankommen, vielmehr stellt der Gesetzgeber auf die bloße Möglichkeit etwa eines Gesellschafterwechsels ab (vgl hiezu FN 28). Nachdem aber auch natürliche Personen vor Willensänderungen nicht gefeit sind, ist für *Bruckner/Fries/Fries* die Begründung, dass die Existenz der Privatstiftung „außerdem“ nicht von den „manchmal rasch wechselnden Entscheidungsträgern einer juristischen Person“ abhängig sein soll, lediglich ein „Scheinargument“ (vgl *Bruckner/Fries/Fries*, Die Familienstiftung im Zivil-, Steuer- und Handelsrecht 61; dem offenbar folgend *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 34 Rz 4; aA [„Es trifft zwar zu, dass auch natürliche Personen Willensänderungen unterliegen, der Entscheidungsträger bleibt aber stets derselbe.“] *N. Arnold*, aaO § 34 Rz 12).

37) Vgl zB *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 33 Rz 20; *Müller*, Änderung, Widerruf, Beendigung, Auflösung und Abwicklung der Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, aaO 279, wengleich von manchen die Vornahme von widerrufsgleichen Änderungen

durch Stifter, die keine natürlichen Personen sind, als unzulässig erachtet wird (vgl *Geist*, Zur Änderung der Stiftungserklärung durch den Stifter nach Eintragung der Privatstiftung, GesRZ 1998, 80; *Diregger/Winner*, Fragen der Gestaltungsfreiheit im Privatstiftungsrecht, in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts 122; *N. Arnold*, aaO § 33 Rz 52; aA *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 33 Rz 20).

38) Dass es eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers war, juristische Personen lediglich vom Widerrufsrecht auszuschließen, wurde bereits mehrfach aufgezeigt (vgl zB *Diregger/Winner*, Fragen der Gestaltungsfreiheit im Privatstiftungsrecht, in *Doralt/Kalss*, aaO 123 mwN).

39) Vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 3 Rz 18.

40) *N. Arnold*, aaO § 3 Rz 41.

41) Ist nach der Einheitslehre ein Gesellschafterwechsel ohnehin unproblematisch, weil alle Stifterrechte der Personengesellschaft als solcher zukommen (so offenbar auch *H. Torggler* in FS Krejci 935), bedeutet nach der traditionellen Vielheitsdoktrin ein Mitgliederwechsel in der Gesamthand zwar eine Übertragung von Rechten und Pflichten (vgl zB *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I 246); einer solchen Übertragung steht jedoch nichts, insb nicht die Bestimmung des § 3 Abs 3 PSG, entgegen.

42) Vgl *Pittl*, NZ 1999, 202; *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 15 Rz 20; *H. Torggler*, Zur Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands einer Privatstiftung, GesRZ 1997, 150; *N. Arnold*, aaO § 15 Rz 115. AA hingegen *P. Doralt*, Zur Bestellung der Vorstandsmitglieder und des Stiftungsprüfers bei Privatstiftungen durch Begünstigte oder ein von Begünstigten gebildetes Gremium, GesRZ 1997, 139; *Strasser*, Gedanken zu einem aus Begünstigten zusammengesetzten Beirat, JBl 2000, 492.

43) Bemerkenswerterweise sprach der OGH in E 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v, ohne dass genau diese Frage entscheidungsgegenständlich war, von einem „aufrechtzuerhaltenden Grundsatz, wonach die Stiftungsurkunde eine jederzeitige Abberufung von Vorstandsmitgliedern durch dritte Personen nur unter der Voraussetzung des Vorliegens sachlicher Abberufungsgründe vorsehen kann“; dies, obwohl nach der Rsp ein solcher Grundsatz gar nicht existierte, lag doch der E OGH 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97x ein ausschließlich aus Begünstigten zusammengesetzter Beirat zugrunde, worauf der OGH eine analoge Anwendung der Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs 2 zweiter Satz PSG für angebracht erachtete (OGH 12. 5. 1997, 6 Ob 39/97x in EvBl 1997/177 = JBl 1997, 776 = GesRZ 1997, 191 = RdW 1997, 534 = ecolx 1997, 85 = SZ 70/92 = ARD 4882/21/97 = HS 27.253 = HS 27.254).

der Stiftungsvorstand nicht zu einem „bloßen Vollzugsorgan“ degradiert werden darf<sup>44</sup>), kann – und dies ergibt sich aus dem Gesamtkonzept des PSG – niemand, sohin auch nicht der Stifter selbst, den Vorstand jederzeit ohne Vorliegen eines sachlichen<sup>45</sup>) Grundes abberufen bzw sich ein solches Recht vorbehalten<sup>46</sup>).

Weil aber für den OGH in E 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01 v – soweit ersichtlich – nicht derlei Erwägungen ausschlaggebend waren, sondern die Unzulässigkeit eines freien Abberufungsrechts mit einem möglichen Gesellschafterwechsel bei der Gesamthand-Stifterin begründet wurde, tun sich nun im Hinblick auf die Gestaltungsrechte des Änderungs- und Widerrufsvorbehalts neue Fragen und Probleme auf. Diese sollen im Folgenden skizziert werden.

#### 4. Die Stifterrechte einer Gesamthand-Stifterin – Auswirkungen der E OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v

In FS Krejci meinte *H. Torggler*, dass die Gestaltungsrechte eines Stifters zwar höchstpersönliche<sup>47</sup>) und unveräußerliche Rechte darstellen, mittelbar es aber zu einer Nachfolge in Stifterrechte kommen kann, wenn eine Gesellschaft Stifter ist und ein Wechsel in der Zusammensetzung ihrer Gesellschafter eintritt<sup>48</sup>). Ob dem angesichts der E OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v noch ohne weiteres gefolgt werden kann, ist fraglich, wäre es doch nahe liegend, dass die hinsichtlich der jederzeitigen Abberufbarkeit von Vorstandsmitgliedern vom OGH angestellten Überlegungen auch für das Änderungs- und Widerrufsrecht nach §§ 33 f PSG gelten.

##### 4.1 Das Änderungsrecht nach § 33 PSG

In E 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v lehnte der OGH ein freies Abberufungsrecht der Gesamthand-Stifterin mit dem Argument ab, dass in der Stifter-Gesellschaft ein Gesellschafterwechsel und damit eine Änderung der Einflussmöglichkeiten auf die Stifterin möglich sei. Denkt man die Begründung des OGH konsequent weiter, so dürfte – wegen der Möglichkeit eines Wechsels der Entscheidungsträger – einer Personengesellschaft ebenso wie einer juristischen Person als Stifter das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung nicht länger vorbehalten bleiben: Wenn bereits ein (auch nur möglicher) Wechsel bei den Entscheidungsträgern in der Stifter-Gesellschaft einem Stifterrecht, das kein Recht iSd § 3 Abs 3 PSG darstellt, entgegensteht, umso mehr müssen doch diese Bedenken auf ein gem § 3 Abs 3 PSG unübertragbares Gestaltungsrecht zutreffen!

Vorhin wurde jedoch dargelegt, dass nach hA Personengesellschaften ebenso wie juristischen Personen ein Änderungsrecht sehr wohl vorbehalten sein kann<sup>49</sup>). Wo aber im

Sinne der Argumentationslinie des OGH nun der Unterschied zwischen dem uneingeschränkten Recht auf Abberufung von Vorstandsmitgliedern und dem Änderungsrecht nach § 33 PSG liegen soll, darüber lässt sich lediglich spekulieren.

##### 4.2 Das Widerrufsrecht nach § 34 PSG

Nach § 34 zweiter Satz PSG kann einem Stifter, der eine juristische Person ist, ein Widerruf nicht vorbehalten werden. Dies wird in den Gesetzesmaterialien vor allem damit begründet, dass die Existenz der Privatstiftung nicht von den manchmal rasch wechselnden Entscheidungsträgern einer juristischen Person abhängig sein soll<sup>50</sup>). Nun ist die Möglichkeit eines Gesellschafterwechsels – heute unbestritten und vom OGH in E 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v wohl als selbstverständlich vorausgesetzt<sup>51</sup>) – auch bei Personengesellschaften gegeben. Es stellt sich daher – will man unsachliche Differenzierungen vermeiden – die Frage, ob das Recht zum Widerruf nach § 34 PSG nicht auch Personengesellschaften verwehrt sein müsste.

Weil das Ziel des Gesetzgebers, eine Perpetuierung dieses Gestaltungsrechts zu vermeiden, nur dann erreichbar ist, wenn man einen Widerruf der Privatstiftung durch Personen, die keine natürlichen Personen sind, generell ausschließt, plädiert *N. Arnold* – ebenso wie *G. Nowotny*<sup>52</sup>) und offenbar auch *Berger*<sup>53</sup>) – für eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 34 zweiter Satz PSG auf Personengesellschaften<sup>54</sup>). *Pittl*, der unter Verweis auf den Gesetzeswortlaut einen Widerrufsvorbehalt einer Gesamthand-Stifterin für zulässig erachtet<sup>55</sup>), wird von *N. Arnold* entgegengehalten, dass nach einer strengen Wortinterpretation eine Personengesellschaft überhaupt nicht Stifter sein dürfte<sup>56</sup>).

Mit der E OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v liegt nun auch die Rsp – im Ergebnis – auf der Linie *N. Arnolds*. Wenn der OGH tatsächlich die Ausnahmebestimmung des § 34 zweiter Satz PSG auf die in E OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v zu entscheidende Frage der Zulässigkeit eines freien Abberufungsrechts analog anwendete, dann konnte er dies nur, wenn er diese Ausnahmebestimmung, die explizit lediglich von juristischen Personen spricht, zuvor gedanklich auch auf Personengesellschaften – im Wege eines Analogieschlusses – anwendete. Abgesehen davon gilt auch hier – wie beim Änderungsrecht nach § 33 PSG – folgender Größenschluss: Wenn ein Wechsel bei den Entscheidungsträgern in der Stif-

50) Vgl FN 32.

51) Dazu, dass die Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen früher verneint wurde, sowie zum diesbezüglichen Wandel in der Rechtsentwicklung vgl ausführlich *Hochedlinger*, Übertragung von Gesellschaftsanteilen 71 ff mwN.

52) *G. Nowotny*, Die Anforderungen an die Stiftungsurkunde aus dem Blickwinkel des Firmenbuchgerichts, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, aaO 153.

53) *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 34 Rz 4.

54) *N. Arnold*, aaO § 34 Rz 13.

55) Vgl *Pittl*, NZ 1999, 201.

56) *N. Arnold*, aaO § 34 Rz 13. Interessant, aber wohl kritisch zu hinterfragen ist der Ansatz *H. Torggler*, Personengesellschaften aufgrund der Erfahrung, dass diese das Leben ihrer Gründer häufig nicht überdauern oder früher oder später in Kapitalgesellschaften übergeführt werden – sohin die Dauer von Personengesellschaften durchschnittlich kürzer ist als jene von juristischen Personen –, nicht vom Widerruf nach § 34 PSG auszuschließen. Eine andere Beurteilung sollte nach *H. Torggler* lediglich für die Fälle angezeigt sein, in denen eine Kapitalgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter der Personengesellschaft das Gepräge gibt, wie das insb bei der GmbH & Co KG ieS der Fall ist (vgl *H. Torggler* in FS Krejci 935 ff).

44) Vgl *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 14 Rz 8; *Ch. Nowotny*, Die Organisation der Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, aaO 163; *G. Nowotny*, Die Anforderungen an die Stiftungsurkunde aus dem Blickwinkel des Firmenbuchgerichts, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, aaO 151; *Bruckner/Fries/Fries*, aaO 35.

45) Zwischen „wichtigem“ und „sachlichem“ Grund differenzierend insb *H. Torggler*, GesRZ 1997, 150.

46) Vgl *N. Arnold*, PSG-Kommentar § 15 Rz 120.

47) Vgl aber OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 106/03m (auf S. 89, RdW 2004/65)!

48) *H. Torggler* in FS Krejci 935.

49) Weil dem PSG eine Beschränkung des Änderungsrechts auf natürliche Personen nicht entnommen werden kann, plädiert *Briem* offenbar dafür, dass sich juristische Personen und Personengesellschaften als Stifter – trotz E OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v – das Änderungsrecht nach § 33 PSG vorbehalten können (vgl *Briem*, Aktuelle Judikatur zum Privatstiftungsgesetz, SWK 2002, 1414).

ter-Gesellschaft bereits einem Stifterrecht, das kein Recht iSd § 3 Abs 3 PSG darstellt, entgegensteht, umso mehr müssen doch diese Bedenken auf das – wenn schon nicht höchstpersönliche, so jedenfalls unübertragbare<sup>57)</sup> – Widerrufsrecht zutreffen!

### 4.3 Übertragbarkeit von Stifterrechten

Die Gestaltungsrechte iSd § 3 Abs 3 PSG sind also nicht übertragbar, und zwar auch nicht im Wege der Universal-sukzession<sup>58)</sup>, weswegen auch bei einer Übertragung nach § 142 HGB – eine insb bei „Umwandlungen“ von Personen- in Kapitalgesellschaften häufig in Anspruch genommene Bestimmung<sup>59)</sup> – ein der dabei untergehenden Gesamthandgesellschaft eingeräumtes Gestaltungsrecht erlischt<sup>60)</sup>. *Berger* hingegen will – offensichtlich der traditionellen Gesamthandlehre folgend – nicht die Gesamthandgesellschaft, sondern deren Gesellschafter als „eigentliche“ Stifter begreifen und sohin das Änderungsrecht nach § 33 PSG diesen Gesellschaftern eingeräumt wissen, was bei Wegfall eines dieser Gesellschafter – und dem „Anwachungsmodell“ nach § 142 HGB liegt ein Ausscheiden zumindest eines Gesellschafters zugrunde – bedeutet, dass § 33 Abs 2 PSG zur An-

wendung gelangt<sup>61)</sup>. Indem der OGH in E 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v eine Personengesellschaft als solche als Stifter angesehen hat, kann wohl dem Ansatz *Berger*s in praxi nicht länger gefolgt werden.

Wie bereits ausgeführt, können nach hA „andere“, dh nicht unter § 3 Abs 3 PSG subsumierbare, einem Stifter gegebenenfalls zukommende Rechte nach der gesetzlichen Konzeption des PSG als übertragbar ausgestaltet werden<sup>62)</sup>. Weil aber der OGH in E 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v auch ein solches „anderes“ Stifterrecht offenbar als nicht übertragbar qualifizierte, wird man in der Praxis nun nicht umhinkönnen, allfällige Übertragungen (auch) von Stifterrechten, die keine Gestaltungsrechte iSd § 3 Abs 3 PSG sind, kritischer zu hinterfragen.

61) Vgl *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 33 Rz 12. Zur mit der Vieltheitslehre verbundenen Problematik bei Hinzutreten eines neuen Gesellschafters (was aber im Zuge einer „Umwandlung“ einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft regelmäßig der Fall ist; vgl *Hochedlinger*, Übertragung von Gesellschaftsanteilen 129 ff) vgl FN 31.

62) Vgl *N. Arnold*, aaO § 3 Rz 41.

57) Vgl OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 106/03m, aaO.

58) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 3 Rz 20.

59) Ausführlich hierzu *Hochedlinger*, Übertragung von Gesellschaftsanteilen, 129; *ders*, GesRZ 2002, 185.

60) *N. Arnold*, aaO § 3 Rz 45; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, aaO § 3 Rz 20.

 LexisNexis™ ARD Orac	Nikolaus Arnold
	Privatstiftungsgesetz Kommentar
<b>Buch-Tipp</b>	Alle Details dazu finden Sie auf den Umschlagseiten!