

Firmenbuchverfahren keine Parteistellung zukommt. Die Ausgestaltung des Umgründungsverfahrens ist durch eine weitergehende Beschränkung der Aktionärsrechte gekennzeichnet (vgl §§ 225 b und c AktG, § 14 Abs 3 SpaltG). Mit dieser bewussten Entscheidung des Gesetzgebers zur Vermeidung erpresserischer Anfechtungsklagen (ErläutRV § 225 b AktG; *Kals*, Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung, Vor §§ 225 b und c AktG Rz 3; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 225 b Rz 1) wäre es nicht vereinbar, dem Aktionär eine im Vergleich zu allgemeinen Grundsätzen (dazu *G. Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 173 und § 18 Rz 28) weitergehende Parteistellung einzuräumen. In Hinblick auf die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage bleibt der Aktionär bei einer Spaltung auch nicht rechtsschutzlos. Der in § 230 Abs 1 AktG und § 14 Abs 3 SpaltG vorgesehene weitgehende Bestandschutz der Eintragung steht der Klagsführung nicht entgegen. Vielmehr sehen § 230 Abs 2 AktG und § 14 Abs 3 Satz 3 SpaltG für diesen Fall ausdrücklich die Umstellung des Klagebegehrens auf Schadenersatz vor (vgl dazu *Kals*, aaO § 14 SpaltG Rz 10 und § 230 AktG Rz 10; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 230 Rz 13). Ob diesfalls anstatt eines Nichtigkeitsbegehrens im engeren Sinn aus-

schließlich Ansprüche auf Ersatz des Interesses im Sinne des § 368 EO geltend gemacht werden können (so *Szep*, aaO), ist im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden.

Zusätzlich kommen allenfalls Schadenersatzansprüche gegen die Verantwortlichen in Betracht (*Kals*, aaO § 225 b AktG Rz 10 aE; *Ch. Nowotny*, FS Kastner II 340, 345). Damit erweist sich aber auch das Argument des Revisionsrekurses, die Revisionsrekurswerberin würde gewissermaßen „zwischen zwei Sesseln sitzen“, als nicht stichhaltig. Dass Aktionären auch dann keine Beteiligtenstellung im FB-Verfahren und damit auch kein Rekursrecht zukommt, wenn diese – wie im Fall des § 230 Abs 2 AktG und des § 14 Abs 3 SpaltG – die Möglichkeit zur Erhebung der Nichtigkeitsklage im eigentlichen Sinn verlieren und stattdessen auf Geldansprüche verwiesen sind, ist im Schrifttum anerkannt (*Burgstaller* in *Jabornegg*, HGB § 18 FBG Rz 13; *G. Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 18 Rz 28 aE).

Anmerkung:

Der OGH wies den ao Revisionsrekurs des Aktionärs als nicht zulässig zurück.

Rechte des Letztbegünstigten einer Privatstiftung im Genehmigungsverfahren gem § 33 Abs 2 PSG

1. Der Antrag auf gerichtliche Genehmigung einer Änderung der Stiftungserklärung ist im Verfahren außer Streitsachen zu erledigen.

2. Dem Letztbegünstigten nach § 6 PSG kommen Rechte vor Beendigung der Liquidation insoweit zu, als sie vom Stifter oder vom Gesetz eingeräumt werden. Eine allfällige Parteistellung des Letztbegünstigten in einem Genehmigungsverfahren auf Änderung der Stiftungserklärung gem § 33 Abs 2 PSG ist jedenfalls von der Geltendmachung von Auflösungsgründen in einem dafür vorgesehenen Verfahren durch den Letztbegünstigten abhängig.

Aus der Begründung:

(...) 2. § 33 Abs 2 PSG sieht für den Fall einer Änderung der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand die Genehmigung des Gerichts als Voraussetzung für deren Zulässigkeit und die Eintragung im FB vor. Diese Genehmigung dient der Kontrolle der ordnungsgemäßen Ausübung des Änderungsrechts durch den Stiftungsvorstand (*N. Arnold*, Privatstiftungsgesetz [2002] § 33 Rz 61). Sie soll den in der Stiftungserklärung zum Ausdruck kommenden Stifterwillen vor nachträglicher, unkontrollierter und leichtfertiger Veränderung und Verfälschung und zugleich die Privatstiftung (PS) vor dem Zugriff ihrer eigenen Organe schützen (*Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, HB zum PSG [1994] 271 FN 28).

Der Stiftungsvorstand darf im Hinblick auf § 33 Abs 2 PSG nach Entstehen der Privatstiftung Änderungen nur zur Anpassung an geänderte Verhältnisse und nur unter Wahrung des Stiftungszwecks vornehmen; der im Stiftungszweck dargelegte Stif-

terwille ist vom Vorstand jedenfalls zu beachten (6 Ob 187/03 y; vgl auch *N. Arnold*, GesRZ 2004, 240 [Entscheidungsanmerkung]; *ders.*, PSG § 33 Rz 29). Ob der dem § 33 Abs 2 PSG entsprechende Rahmen, innerhalb dessen Änderungen durch den Stiftungsvorstand zulässig sind, gewahrt ist, ist vom Gericht bei seiner Entscheidung über den Antrag auf Genehmigung der Änderung zu prüfen (6 Ob 187/03 y).

3.1. Die Stadtgemeinde nimmt für sich in Anspruch, im Hinblick auf § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG als Letztbegünstigte der Privatstiftung (PS) Partei dieses Verfahrens zu sein. Das Rekursgericht hat sie hingegen auf die Möglichkeit eines Auflösungsverfahrens nach § 35 PSG verwiesen.

Nach § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG ist (materielle) Partei eines Verfahrens außer Streitsachen (unter anderem) jede Person, soweit ihre rechtlich geschützte Stellung durch die begehrte oder vom Gericht in Aussicht genommene Entscheidung oder durch eine sonstige gerichtliche Tätigkeit unmittelbar beeinflusst würde. Bloße Reflexwirkungen, die etwa dadurch entstehen, dass eine andere Person Rechte erwirkt, die etwa den eigenen Haftungsfonds schmälern, sollen nach den Erwägungen des Gesetzgebers jedoch keine solche unmittelbare Beeinflussung darstellen; ebenso wenig sollen Vertragspartner oder potenzielle Verfahrensgegner Parteien eines pflegschaftsbehördlichen Genehmigungsverfahrens nach § 154 ABGB sein (RV zu § 2 AußStrG, abgedruckt bei: *Fucik/Kloiber*, AußStrG [2005] 43; 6 Ob 286/05 k; zur Rechtslage nach dem AußStrG 1854 vgl bereits etwa RIS-Justiz RS0006210, RS0006207 uva).

§ 2 Abs 1 Z 3
AußStrG;
§ 6, § 9 Abs 2
Z 12, § 33 Abs 2,
§§ 35, 40 PSG;
§ 15 FBG

OGH 27. 4. 2006,
6 Ob 19/06 x

2006/326

3.2. Nach § 6 PSG ist Letztbegünstigter derjenige, dem ein nach Abwicklung der PS verbleibendes Vermögen zukommen soll. Sein Anspruch entsteht damit grundsätzlich erst nach Beendigung der Liquidation (*N. Arnold*, PSG § 6 Rz 14). Daraus folgt, dass ihm Rechte vor diesem Zeitpunkt nur insoweit zukommen, als sie ihm vom Stifter (*Löffler in Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG [1995] § 6 Rz 6; *Arnold*, aaO Rz 16) oder vom Gesetz eingeräumt werden; zu letzteren gehören etwa die Anträge nach § 35 Abs 3 und 4 PSG.

3.3. Da die Stadtgemeinde als Letztbegünstigte im vorliegenden Fall zum Zeitpunkt der Änderung der Stiftungserklärung und des darüber eingeleiteten gerichtlichen Genehmigungsverfahrens noch keinen Anspruch erworben hat, ist sie in ihrer rechtlichen Stellung insofern mit einem Vertragspartner oder potenziellen Verfahrensgegner eines Pflegebefohlenen zu vergleichen; Parteistellung im Genehmigungsverfahren kommt ihr daher nicht zu. Das Rekursgericht hat damit aber zutreffend die Rekurse der Letztbegünstigten gegen die Beschlüsse des Erstgerichts zurückgewiesen.

4. Der Revisionsrekurs führt weiters aus, die Parteistellung der Letztbegünstigten ergebe sich jedenfalls auch aus § 33 Abs 2 in Verbindung mit § 35 PSG. § 33 Abs 2 PSG sieht vor, dass die Stiftungserklärung nach dem Entstehen einer PS selbst vom Stifter nur geändert werden kann, wenn er sich Änderungen vorbehalten hat (*Müller in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, HB zum PSG [1994] 269; *Geist*, Zur Änderung der Stiftungserklärung durch den Stifter nach Eintragung der Privatstiftung, GesRZ 1998, 79 mwN; *Gassauer-Fleissner/Grave*, Stiftungsrecht [2005] § 33 PSG Anm 3). Nach § 9 Abs 2 Z 12 PSG umfasst die Stiftungserklärung auch die Bezeichnung des Letztbegünstigten. Daraus folgt, dass – bei Fehlen eines Änderungsvorbehalts – selbst der Stifter den Letztbegünstigten nicht austauschen kann.

Ob daraus bereits eine dem Vertragspartner oder potenziellen Verfahrensgegner eines Pflegebefohlenen gegenüber stärkere Rechtsposition eines solchen Letztbegünstigten abgeleitet werden könnte, weil das Genehmigungsverfahren nach § 33 Abs 2 PSG (ua) den in der Stiftungserklärung zum Ausdruck kommenden Stifterwillen vor nachträglicher, unkontrollierter und leichtfertiger Veränderung und Verfälschung schützen soll und daher auch die rechtlich geschützte Stellung des Letztbegünstigten erfassen könnte, bedarf im vorliegenden Verfahren allerdings keiner abschließenden Stellungnahme des OGH:

§ 35 Abs 3 und 4 PSG räumt dem Letztbegünstigten Verfahrensrechte ein, die offensichtlich (auch) dem Schutz seiner eigenen Rechtsstellung dienen sollen: So kann er nach Abs 4 bei Gericht die Aufhebung des Beschlusses beantragen, mit dem der Stiftungsvorstand einen einstimmigen Auflösungsbeschluss gefasst hat, obwohl ein Auflösungsgrund nicht vorliegt. Das Gericht hat dann die inhaltliche Richtigkeit des Auflösungsbeschlusses und damit das Vorliegen eines der in § 35 Abs 2 PSG aufgezählten Gründe zu prüfen (*G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG [2005] § 15 Rz 45 mwN). Umgekehrt ermächtigt Abs 3 (auch) den Letztbegünstigten, in bestimmten

Fällen die Auflösung der PS durch das Gericht zu beantragen.

Nach § 35 Abs 1 Z 4 PSG wird die PS durch einstimmigen Auflösungsbeschluss des Stiftungsvorstands aufgelöst, der nach Abs 2 Z 2 einen solchen zu fassen hat, sobald der Stiftungszweck erreicht oder nicht mehr erreichbar ist; darunter wird auch der Fall subsumiert, dass die PS nicht (mehr) über ein zur Verwirklichung des Stiftungszwecks ausreichendes Vermögen verfügt (*Riel in Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 35 Rz 24 mwN). Kommt ein Auflösungsbeschluss trotz Vorliegens der Auflösungsgründe nicht zustande, kann (auch) der Letztbegünstigte die Auflösung durch das Gericht beantragen.

Aus einer Zusammenschau der § 33 Abs 2, § 35 PSG ergibt sich, dass eine allfällige Parteistellung des Letztbegünstigten in einem Genehmigungsverfahren nach § 33 Abs 2 PSG jedenfalls von der Geltendmachung von Auflösungsgründen in einem dafür vorgesehenen Verfahren durch den Letztbegünstigten abhängig ist; andernfalls würde das Genehmigungsverfahren den Letztbegünstigten ja nicht im Sinne des § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG unmittelbar beeinflussen.

Nach den Feststellungen der Vorinstanzen sind bei der Sparkassen AG Wertberichtigungen in Millionenhöhe erforderlich; es besteht Sanierungsbedarf. Die Antragsteller haben sich darauf berufen, dass die Sanierung die Mittel der PS bei Weitem übersteige. Damit wäre der Stiftungszweck bedroht.

Sollte dies den Tatsachen entsprechen, hätte die Stadtgemeinde grundsätzlich die Möglichkeit gehabt, die Auflösung der Privatstiftung durch das Gericht zu beantragen. Einen derartigen Antrag hat sie jedoch nicht gestellt.

Dem Revisionsrekurs war somit der Erfolg zu versagen.

Anmerkung:

Die Begründung des OGH vermag nicht wirklich zu überzeugen. Materiell ist der Letztbegünstigte zweifellos von einer unrichtigen Entscheidung des Gerichtes im Genehmigungsverfahren gem § 33 Abs 2 PSG betroffen, da ihm hier das Anwartschaftsrecht und der aufschiebend bedingte Vermögensanspruch durch Änderung der Stiftungserklärung entzogen werden würde. Warum der Letztbegünstigte hier nur gem § 35 PSG eingreifen können soll, indem er die Auflösung der PS beantragt, ist nicht einzusehen, sollte dies doch nur das äußerste Mittel sein. Nirgends ergibt sich aus dem Gesetzesmaterialien, dass der Gesetzgeber die gesetzeswidrige Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Letztbegünstigten hätte sanktionslos gestatten wollen. Kein Wunder, war doch das PSG eine in Österreich völlig neue gesetzgeberische Schöpfung, bei der der Gesetzgeber nicht auf Erfahrungen zu dieser Materie aufbauen konnte. Dass ein Fall gesetzeswidriger Vorgangsweise, wie der gegenständliche, vorkommen könnte, war naheliegenderweise nicht vorhersehbar. Deshalb ist es geboten, das gesetzliche Schutzkonzept zugunsten des Letztbegünstigten jedenfalls um ein Rechtsmittelrecht im Wege der Analogie und des Größenschlusses zu erweitern, wenn – wie hier – durch eine gesetzeswidrige Maßnahme (Beseitigung der Stellung als Letztbegünstigter) in die Rechtsstellung des Letztbegünstigten am massivsten – noch massiver als in jenen Fällen, in denen der Gesetz-

geber dem Letztbegünstigten ausdrückliche Rechte zuerkennt – eingegriffen wird. Schon früher hatte der OGH (SZ 34/127) zutreffend ausgesprochen: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne die es nicht ausgeübt werden kann“! Das muss hier umso mehr gelten, wenn sogar das Recht selbst gegen den Willen den Berechtigten (Letztbegünstigten) gesetzeswidrig beseitigt werden soll (vgl zum ähnlichen Fall des Eingriffs in ein Sonderrecht OGH SZ 40/73).

In letzter Konsequenz der besprochenen E bleiben dem Letztbegünstigten bei einer ihn schädigenden rechtswidrigen Entscheidung des Gerichtes Amtshaftungsansprüche spätestens nach der Abwicklung der Privatstiftung, womit sich der Schaden für den Letztbegünstigten realisiert. Dass dann der Steuerzahler für solche Fehlleistungen aufkommen muss, ist wenig tröstlich.

Johannes Reich-Rohrwig

Univ.-Doz. Dr. Johannes Reich-Rohrwig ist Rechtsanwalt in Wien und Partner von CMS Reich-Rohrwig Hainz, Wien.

Plädoyer für den Domain-Übertragungsanspruch

Obwohl von gewichtigen Stimmen in der Lehre gefordert, konnte sich der Domain-Übertragungsanspruch in der Rsp (noch) nicht durchsetzen. Zwar liegt noch keine ablehnende höchstgerichtliche E vor, der OGH zeigt sich aber bislang zurückhaltend.

AXEL ANDERL

A. VON OMEGA.AT ZU RECHTSANWAELTE.AT

Bereits zweimal wurde der OGH mit der Frage des Bestehens eines Domain-Übertragungsanspruchs konfrontiert.¹⁾ In beiden Fällen lehnte das Höchstgericht den Anspruch aus rein formalen Gründen ab. In der E omega.at fasste der OGH den Stand der österreichischen und deutschen Lehre und Judikatur zwar überblicksartig zusammen, gab aber keine eigene Wertung dazu ab. Beunruhigend ist die Ansicht des Höchstgerichts im zitierten Urteil, wonach *nach der österreichischen Rechtslage (. . .) das praktische Bedürfnis an einem Anspruch auf Übertragung einer Domain gering* [sei]: Wie ich im Folgenden darstellen werde, ist der Domain-Übertragungsanspruch vielmehr in der Praxis von grundlegender Bedeutung für den Schutz des in seinen Rechten Verletzten.²⁾

B. WARTESTATUS KEIN TAUGLICHER RECHTSBEHELFE

1. WARTESTATUS SICHERT NICHT DOMAIN

Richtig ist, dass die österreichische Domainregistrierungsstelle nic.at³⁾ nach Einleitung eines Gerichtsverfahrens auf Antrag einer Partei den „Wartestatus II“ über eine streitverfangene Domain verhängt.⁴⁾ Damit ist für die Dauer des Verfahrens eine Übertragung der Domain an einen unbeteiligten Dritten unmöglich. Hier ist der Schutz des Wartestatus aber auch schon zu Ende: Die AGB der nic.at sehen keine weiteren Vorkehrungen zu Gunsten des Klägers vor. Insb wird die Domain nach erfolgreichem Durchdringen gegen den Domaininhaber nicht automatisch auf den Ob-siegenden übertragen. Gerichtsentscheidungen lauten derzeit grundsätzlich auf Einwilligung zur Löschung

der strittigen Domain. Von der nic.at wird die Domain nach Löschung schlicht zur öffentlichen Registrierung freigegeben. Der genaue Zeitpunkt der Verfügbarkeit der Domain ist nicht vorhersehbar. Die obsiegende Partei erhält weder ein Vorregistrierungsrecht noch wird sie über den genauen Zeitpunkt der Freischaltung der Domain informiert. Damit hängt die Registrierungsmöglichkeit vom Zufall statt von objektiven Kriterien ab: Derjenige, der den tatsächlichen Freigabetermin erahnt bzw zufällig zum richtigen Zeitpunkt den Antrag stellt, erhält die freigelegte Domain.⁵⁾ In der Praxis ist dies freilich oft nicht der obsiegende Kläger, sondern ein Dritter: So geschehen zB beim medienwirksamen Fall fpo.at II:⁶⁾ fpo.at wurde unmittelbar nach Freiwerden von einem unbeteiligten Dritten registriert, die gerichtlichen Be-

Dr. Axel Anderl, LL.M. (IT-Law), ist auf IT/IP-Recht und UWG spezialisierter Rechtsanwalt in der Kanzlei DORDA BRUGGER JORDIS in Wien. Kontakt: axel.anderl@dbj.at, www.dbj.at

- 1) OGH 8. 2. 2005, 4 Ob 226/04 w – omega.at – ecolex 2005, 403 (Braunböck); 14. 2. 2006, 4 Ob 165/05 a – rechtsanwaelte.at – wbl 2006, 132 (Thiele).
- 2) So auch schon Braunböck, ecolex 2005, 403 (Anm zu OGH 8. 2. 2005, 4 Ob 226/04 w). AA Fraiss, Übertragungs- und Lösungsanspruch bei Domainstreitigkeiten, RdW 2005, 471 (unten widerlegt).
- 3) Nic.at Internetverwaltungs- und Betriebsgesellschaft m.b.H., „nic.at“.
- 4) Pkt 2.3 der AGB der nic.at, Stand 1. 12. 2003, http://www.nic.at/service/rechtliche_informationen/agb/ (1. 8. 2006).
- 5) Provider können freilich durch wiederholtes Abschicken von Registrierungsanträgen „auf Verdacht“ bzw durch spezielle, die Verfügbarkeit von Domains regelmäßig überprüfende Programme die Wahrscheinlichkeit der Domainregistrierung für ihren Kunden erhöhen. Auch so ist eine erfolgreiche Domainregistrierung nicht garantiert, da ein Zutvorkommen eines Dritten – der sich ebenfalls dieser Dienste bedienen kann – weiter möglich ist.
- 6) OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 176/01 p, ecolex 2002, 19 (Schanda), ecolex 2002, 189 (Anderl).