

(UNZULÄSSIGE) „SELBSTZWECK“-STIFTUNGEN UND AUFSICHTSRATSPFLICHT BEI PRIVATSTIFTUNGEN

1. Thesaurierungs- bzw. „Selbstzweck“-Stiftungen sind unzulässig.
2. Die Bestellung des ersten Aufsichtsrates fällt in die Zuständigkeit des Stifters (allenfalls auch des Stiftungskurators), in allen anderen Fällen in die Zuständigkeit des Gerichts. Unter Bestellung des „ersten Aufsichtsrats“ ist nur der vor der Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch bestellte Aufsichtsrat zu verstehen.
3. Der Begriff der einheitlichen Leitung in § 22 Abs 1 Z 2 PSG ist iSd § 15 Abs 1 AktG auszulegen. Eine einheitliche Leitungsmöglichkeit reicht für die Begründung einer Aufsichtsratspflicht aus.
4. Ein ohne Androhung eines Zwangsmittels ergangener Gerichtsauftrag ist nicht anfechtbar. Anderes ergibt sich bei der Privatstiftung nur in Bezug auf eine Unterlassungsanordnung nach § 35 Abs 3 zweiter Satz PSG.

§ 1, § 5, § 13, § 22, § 24, § 35, § 40 PSG, § 10 Abs 2 FBG

OLG WIEN 22.2.2005, 28 R 274/04A

Sachverhalt (zusammengefasst):

Beim Handelsgericht Wien ist die B***** Privatstiftung eingetragen. Ein anonym erregter Einschieber regte die „Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der Privatstiftung“ an. Das Erstgericht verwarf die Anregung, die Privatstiftung gemäß § 35 Abs 3 zweiter Satz PSG aufzulösen bzw. nach § 10 Abs 2 FBG zu löschen. Im Punkt 2. dieses Beschlusses wurde der Erststifterin bzw. Rechtsnachfolgerin der Zweitstifterin aufgetragen, eingehend Stellung zu nehmen, wieso für die B***** Privatstiftung kein Aufsichtsrat eingerichtet wurde.

Mit dem nunmehr angefochtenen Beschluss trug das Erstgericht der Stiftung auf, binnen sechs Wochen einen Aufsichtsrat einzurichten. Der gegen diesen Auftrag gerichtete Rekurs der Stiftung wurde vom Rekursgericht zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen (des Rekursgerichtes):

Nach ständiger Rechtsprechung ist ein **ohne Androhung eines Zwangsmittels ergangener Gerichtsauftrag**, etwa die Aufforderung zur Vornahme einer vom Gericht für erforderlich angesehenen **Anmeldung** (OLG Wien NZ 2001, 409; NZ 2002/106; aA lediglich OLG Graz 4 R 191/01t = FBE X), **nicht anfechtbar**. [...]

Erst mit der zwangsweisen Durchsetzung des Gerichtsauftrags wird in die Rechtssphäre des Beteiligten eingegriffen und damit eine Anfechtbarkeit ausgelöst (6 Ob 277/00d).

Diese Grundsätze gelten auch für das Verfahren betreffend **Privatstiftungen**. Aus § 35 Abs 3 Satz 2 PSG ist nichts Gegenteiliges abzuleiten. Nach dieser Bestimmung hat das Gericht, wenn die Privatstiftung gegen § 1 Abs 2 PSG verstößt, die Stiftung erst dann aufzulösen, wenn diese innerhalb angemessener Frist einer rechtskräftigen Unterlassungsanordnung nicht nachkommt. Daraus, dass das Gesetz hier ausdrücklich auf die Rechtskraft der Unterlassungsaufforderung abstellt (vgl. *Arnold*, PSG § 35 Rz 18), ergibt sich zwingend, dass das Gesetz hier ausnahmsweise von der abgesonderten Anfechtbarkeit einer derartigen Aufforderung ausgeht. Daraus kann aber kein Rückschluss für andere Fälle außerhalb des § 35 Abs 3 PSG gezogen werden [...].

[...]

Zudem ist darauf zu verweisen, dass die Verhängung einer Zwangsstrafe gegen die Organe der Stiftung schon mangels Vorliegens einer entsprechenden **materiellen Handlungspflicht** nicht in Betracht kommt. Die Bestellung des Aufsichtsrats ist nämlich in § 24 PSG abschließend geregelt. Demnach fällt die Bestellung des Aufsichtsrates **nie** in die



Zuständigkeit der Stiftung und ihrer Organe: Die Bestellung des ersten Aufsichtsrats fällt in die Zuständigkeit des Stifters, in allen anderen Fällen in die Zuständigkeit des Gerichts. Unter Bestellung des „**ersten Aufsichtsrats**“ ist nur der **vor der Eintragung** der Stiftung in das Firmenbuch bestellte Aufsichtsrat zu verstehen (Arnold, PSG § 24 Rz 3). Dies gilt auch dann, wenn die Bestellung des Aufsichtsrats durch den Stifter zunächst pflichtwidrig unterblieben ist und sich die Notwendigkeit zur Bestellung eines Aufsichtsrats erst in weiterer Folge herausstellt (vgl. Arnold, PSG § 24 Rz 13; Wesehy in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG § 24 Rz 6). Die von Arnold (PSG § 24 Rz 7) ventilierte Möglichkeit, einen Stiftungskurator zu bestellen und diesen mit der Bestellung eines Aufsichtsrats zu betrauen, gilt – wie sich aus dem Zusammenhalt mit seinen Ausführungen unter § 24 PSG Rz 13 ff ergibt – nur für den Fall, dass der Stifter vor der Eintragung der Stiftung verstirbt, nicht jedoch für den Fall, dass die Stiftung – wie im vorliegenden Fall – bereits eingetragen ist.

[...]

Ohne dass dies im vorliegenden Verfahrensstadium abschließend zu beurteilen wäre, ist hier jedoch schon jetzt darauf zu verweisen, dass die der Stiftung zukommenden Leitungsbefugnisse entgegen der von der Rekurswerberin vertretenen Rechtsansicht durchaus die Annahme des Erstgerichtes rechtfertigen, dass die Stiftung inländische Kapitalgesellschaften im Sinne des § 22 Abs 1 Z 2 PSG einheitlich leite. Nach § 22 Abs 1 Z 2 PSG ist ein Aufsichtsrat dann zu bestellen, wenn die Privatstiftung inländische Kapitalgesellschaften oder inländische Genossenschaften einheitlich leitet (§ 15 Abs 1 AktG 1965) oder aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50% beherrscht und in *beiden Fällen* die Anzahl der Arbeitnehmer dieser Gesellschaften bzw. Genossenschaften im Durchschnitt 300 übersteigt und sich die Tätigkeit der Privatstiftung *nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt*. Die letztgenannte Einschränkung bezieht sich – wie sich aus der Formulierung „in beiden Fällen“ zweifelsfrei ergibt – offenbar auf *beide* Untertatbestände des § 22 Abs 1 Z 2 PSG. Damit ist die Einschränkung der Aufsichtsratspflicht für bloß Anteile verwaltende Stiftungen nur vor dem Hintergrund verständlich, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine derartige Tätigkeit grundsätzlich auch bei einer einheitlichen Leitung im Sinne des ersten Untertatbestandes des § 22 Abs 1 Z 2 PSG vorliegen könnte. [...]

Dies spricht dafür, den Begriff der einheitlichen Leitung zumindest im Privatstiftungsrecht – wie dies einem Teil der Lehre zum Aktienrecht entspricht – im Sinne einer bloßen **einheitlichen Leitungsmöglichkeit** zu verstehen, ohne dass es darauf ankäme, ob die Stiftung von dieser Befugnis

auch tatsächlich Gebrauch macht (vgl. in diesem Sinne für die AG auch Jabornegg in Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³ § 15 Rz 21; P. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 15 Rz 12). Auch Arnold (PSG § 22 Rz 12) verweist darauf, dass der Begriff der einheitlichen Leitung demjenigen des § 15 Abs 1 AktG entspreche, was der Gesetzgeber durch die Anführung dieser Bestimmung in Klammer unterstreiche. Auch dies spricht für das angeführte aktienrechtliche Verständnis der **Leitungsmöglichkeit**. Im vorliegenden Fall gehen die in Punkt XI der Stiftungsurkunde vorgesehenen Aufsichts- und Durchgriffsbefugnisse der Stiftung über die bloße Verwaltung von Unternehmensanteilen (§ 22 Abs 1 Z 2 PSG aE) jedenfalls deutlich hinaus. [...]

Allerdings ist der Vollständigkeit halber noch darauf hinzuweisen, dass im neueren Schrifttum grundsätzliche **Bedenken gegen die Zulässigkeit der Ausgestaltung von Privatstiftungen** in der vorliegenden Form geltend gemacht wurden (vgl. Krejci, Die Aktiengesellschaft als Stifter [2004] 28 ff) [...]. In diesem Sinne wäre daher zu erörtern, ob im Sinne der im neueren Schrifttum (Krejci aaO 32) zitierten Bedenken der Charakter der Stiftung als reine **Thesaurierungs- bzw Selbstzweckstiftung** derart dominierend ist, dass die als weiterer Stiftungszweck festgelegte „Förderung des österreichischen Unternehmertums“ (Art IV der Stiftungsurkunde) den primär verfolgten Selbstzweck nicht aufzuwiegen vermag (Krejci aaO 35; großzügiger Böhler, Die Stiftung in Österreich 122 ff). In diesem Zusammenhang äußert Krejci (aaO 37) auch Bedenken gegen eine Bestimmung, die Zuwendungen an die Begünstigten nur ausnahmsweise vorsieht, nämlich wenn dies „außergewöhnliche Umstände“ (vgl. Art VI der Stiftungsurkunde) rechtfertigen.

Sollte das Erstgericht nach Erörterung der Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten zur Auffassung gelangen, dass eine unzulässige Selbstzweckstiftung vorliege, könnte dies die Notwendigkeit der **Auflösung der Stiftung** mit sich bringen (so Krejci aaO 32). Ohne dass im vorliegenden Verfahrensstadium auf diese Frage abschließend eingegangen werden könnte, ist jedoch jetzt schon darauf zu verweisen, dass diese Konsequenz keineswegs unabdingbar ist: Zunächst ist darauf zu verweisen, dass bei einer Stiftung ebenso wie bei anderen juristischen Personen im Regelfall nicht eine sofortige Löschung, sondern nur eine **Auflösung** mit anschließender **Liquidation** möglich ist (vgl. 23 BlgNR 18. GP 16; Schenk in Straube, HGB I³ 126; vgl. auch Burgstaller in Jabornegg, HGB § 20 FBG Rz 5).

Soweit darüber hinaus § 35 Abs 3 PSG als **abschließende Regelung der gerichtlichen Auflösung** der Stiftung anzu-

sehen ist, stellt nicht jedes Eintragungshindernis und jeder Gründungsmangel auch einen Auflösungsgrund dar (so offenbar *Riel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 35 Rz 42; vgl auch *Arnold*, PSG § 35 Rz 17). Unter diesem Aspekt würde

der Gesetzgeber im Interesse des **Bestandsschutzes** der Stiftung die amtswegige Auflösung der eingetragenen Stiftung nur bei **außergewöhnlich schweren Mängeln** zulassen. [...]

ANMERKUNG

1. Die vorliegende Entscheidung des OLG Wien ist – soweit dem Sachverhalt zu entnehmen – zu (medial und politisch) diskutierten Stiftungskonstruktionen (in Zusammenhang mit der Auslagerung von Unternehmens- und Immobilienbeteiligungen) ergangen (vgl *Wirtschaftsblatt* 25., 26. und 27.1.2003; *Wirtschaftsblatt online* 15.6.2003; siehe auch die derzeit wieder aktuelle Berichterstattung in diversen Medien).

Die entscheidungstragenden Begründungselemente zur Zurückweisung des Rekurses (gegen den ohne Androhung eines Zwangsmittels ergangenen Gerichtsauftrag) sind inhaltlich wie rechtlich unspektakulär und entsprechen stRsp (vgl nur die zitierte OGH-Entscheidung 14.12.2000, 6 Ob 277/00 d, mwN). Die weiteren vom OLG Wien angesprochenen Aspekte und die dazu getätigten Aussagen sind aber richtungweisend. Konkret enthält die Entscheidung nämlich Aussagen zur Unzulässigkeit von Thesaurierungs- bzw. „Selbstzweck“-Stiftungen und behandelt die Frage der Aufsichtsratspflicht bei Privatstiftungen.

2. Die vorliegende Entscheidung bestätigt die hA, dass reine „**Selbstzweck**“-Stiftungen unzulässig sind (siehe nur *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG, § 1 Rz 34; *N. Arnold*, PSG-Kommentar, § 1 Rz 13; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen, 77; *Krejci*, Die Aktiengesellschaft als Stifter (2004), 28 ff uvam; ErlRV zum § 1; zu den diesbezüglichen Tendenzen in der Judikatur siehe bereits OLG Innsbruck 29.5.1996, 3 R 110/96, in Zusammenhang mit dem Ruhen der Begünstigtenstellung).

Aus dem Verbot der „Selbstzweck“-Stiftungen und dem Wortlaut des § 9 Abs 1 Z 3 PSG ergibt sich mE auch, dass die Privatstiftung einen Zweckadressaten und damit einen Begünstigten haben muss (siehe auch *Bruckner/Fries/Fries*, Familienstiftung, 55, wobei bei gemeinnützigen Privatstiftungen die Begünstigung der Allgemeinheit im Vordergrund steht; *Briem* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen, 77; *N. Arnold*, PSG-Kommentar, § 5 Rz 4). Das Vorliegen von Begünstigten setzt aber seinerseits die (zumindest Möglichkeit einer) Leistung von Zuwendungen voraus (was sich indirekt auch aus dem Auflösungsgrund des § 35 Abs 2 Z 2 PSG ergibt).

„Thesaurierungsstiftungen“ sind zumeist auch „Selbstzweck“-Stiftungen. Dennoch ist nicht jede **Thesaurierung** unzulässig. Auch das Ruhen einer Begünstigtenstellung widerspricht damit typischerweise nicht einem nach außen gerichteten Stiftungszweck (siehe bereits *N. Arnold*, *ecolex* 2000, 877 [878 Fn 12]) und stellt daher (für sich) noch kein Eintragungshindernis/keinen Auflösungsgrund dar. So bleibt es einem Stifter mE unbenommen, eine Thesaurierung des Vermögens durch einen gewissen Zeitraum (etwa bis zu seiner Pensionierung; bis zum Eintritt der Volljährigkeit seiner Kinder; bis zu seinem Ableben etc) vorzusehen. Mit einer Zuwendung an Begünstigte muss aber zumindest innerhalb eines absehbaren Zeitraums (wenn auch nur mittel- bis längerfristig) zu rechnen sein. Eine „ewige“ Thesaurierung ist auch insoweit unzulässig, als sich bei der Privatstiftung sonst ein Kontrolldefizit ergäbe (siehe *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG, § 1 Rz 39 ff).

Absolut und im Verhältnis zu den Erträgen sehr niedrige Zuwendungen („**Alibi-Zuwendungen**“) vermögen es zwar mitunter, das Kontrolldefizit zu vermeiden (die Begünstigtenrechte sind unabhängig von der Höhe der Zuwendung), sie ändern aber nichts am Vorliegen eines unzulässigen „Selbstzwecks“. Die Abgrenzung von „echten“ Zuwendungen gegenüber bloßen Alibi-Zuwendungen ist im Einzelfall schwierig (zu dieser Problematik siehe *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG, § 1 Rz 34 ff; *Krejci*, Die Aktiengesellschaft als Stifter (2004), 31 ff; zum Problembereich der Unternehmensträgerstiftung ausführlich *Jud*, JBl 2003, 771).

Wie *G. Nowotny* (GeS 2005, 228 ff) zutreffend nachgewiesen hat, ist das Gericht zur **amtswegigen Auflösung** einer unzulässigen „Selbstzweck“-Stiftung befugt. Eine Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichtes ist mE aber nur in Ausnahmefällen anzunehmen. Eine laufende Kontrolle, ob oder inwieweit Zuwendungen an Begünstigte erfolgen oder absehbar sind, ist weder notwendig noch zulässig (hier greift die Sonderprüfung nach § 31 PSG; die Privatstiftung wurde ja gerade geschaffen, um die staatliche Kontrolle im Stiftungsbereich zurückzudrängen, ErlRV Allgemeiner Teil).



3. Das OLG Wien nahm im konkreten Fall aufgrund der Regelungen der Stiftungsurkunde eine **einheitliche Leitung (smöglichkeit)** der Privatstiftung (§ 22 Abs 1 Z 2 **erster Fall** PSG) an. Ob die bloße einheitliche Leitungsmöglichkeit (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) zur Begründung einer Aufsichtsratspflicht ausreichend ist (oder ob auch tatsächlich eine einheitliche Leitung erfolgen muss) wird den OGH aller Voraussicht nach (im Bestellungsverfahren) noch beschäftigen. Zuzustimmen ist dem OLG Wien jedenfalls darin, dass der Gesetzgeber auch im PSG den Begriff der einheitlichen Leitung iSd § 15 AktG verstanden wissen wollte. Eine Darlegung aller Argumente zur Frage, ob daraus auch darauf rückgeschlossen werden kann, dass die bloße Leitungsmöglichkeit zur Begründung einer Aufsichtsratspflicht ausreicht, würde den Rahmen einer Entscheidungsbesprechung sprengen (in Judikatur und Literatur wurde noch nicht näher auf die Übernahme dieser Regelung aus § 29 Abs 1 Z 3 GmbHG, den Normzweck [Arbeitnehmermitbestimmung], die Zielsetzung der Ausnahmebestimmung des letzten Teilsatzes des § 22 Abs 1 Z 2 PSG [analoge Anwendung?], die Verwendung des Wortes „Tätigkeit“ bei dieser Ausnahme und die eingeschränkte Prüfungsbefugnis eines nach § 22 Abs 1 Z 2 PSG bestellten Aufsichtsrates, eingegangen; in der Literatur zum PSG wird die Ansicht vertreten, dass die bloße Leitungsmöglichkeit nicht ausreicht, siehe Wessely in

Doralt/ Nowotny/Kalss (Hrsg), PSG, § 22 Rz 6; *Feichtinger-Burgstaller in Hasch* (Hrsg), Kurzkomentar, 112; offenbar zur Vermeidung einer Aufsichtsratspflicht vom Erfordernis einer Beschränkung in der Stiftungserklärung ausgehend C. Nowotny in *Csoklich/ Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch, 166).

Die Ausnahme für Privatstiftungen, deren „Tätigkeit [sich] nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen [...] beschränkt“ bezieht sich ihrem Wortlaut zufolge auf den **zweiten Fall** („**Beherrschung**“) des § 22 Abs 1 Z 2 PSG (*arg* „der beherrschten Unternehmen“). Der Passus „in beiden Fällen“ weist lediglich auf die Zahl der Arbeitnehmer (und eben nicht auf diese Ausnahme) hin und stammt aus der Übernahme der Regelung des § 29 Abs 1 Z 3 GmbHG (die erst in weiterer Folge um die Ausnahme erweitert wurde). Die Frage, ob diese Ausnahme auf § 22 Abs 1 Z 2 **erster Fall** PSG („einheitliche Leitung“) analog anzuwenden ist, ist nicht geklärt (soweit ersichtlich gibt es in der Literatur hierzu auch keine Stellungnahme).

Die Formulierung des § 22 Abs 1 Z 2 PSG weist jedenfalls Unschärfen und Widersprüchlichkeiten auf. Eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wäre zu begrüßen.

NIKOLAUS ARNOLD

Hasch & Partner (Hg.) Privatstiftungsgesetz

Kurzkomentar, Entscheidungssammlung
488 Seiten, br., 3-7046-3886-2, € 75,-

- mit dem Kurzkomentar zum PSG wird dem Praktiker der schnelle Zugriff auf das Gesetz samt Materialien ermöglicht
- es fanden praktische Tipps aufgrund der Erfahrungen der einzelnen Bearbeiter Eingang
- die bisherige einschlägige Literatur zum PSG wird konzentriert dargestellt
- in zahlreichen Fußnoten wird für ausgefallene Rechtsfragen weiterführend verwiesen
- auf die Berücksichtigung der aktuellen Judikatur wurde besonderer Wert gelegt
- der Praktiker hat Zugang zu sämtlichen bisher publizierten höchstgerichtlichen Entscheidungen zum PSG, die im Anhang im Volltext abgedruckt sind
- es werden einige bisher nicht veröffentlichte Entscheidungen dargestellt

Die HASCH & PARTNER Anwalts-gesellschaft mbH hat sich im Bereich des Wirtschaftsrechts, insbesondere auf den Gebieten des Kapitalgesellschafts- und Stiftungsrechts spezialisiert. Namhafte Steuerberater und Wirtschaftsprüfer haben das Autorenteam verstärkt.

Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
bestellen@voe.at
www.verlagoesterreich.at

 **VERLAG
ÖSTERREICH**