

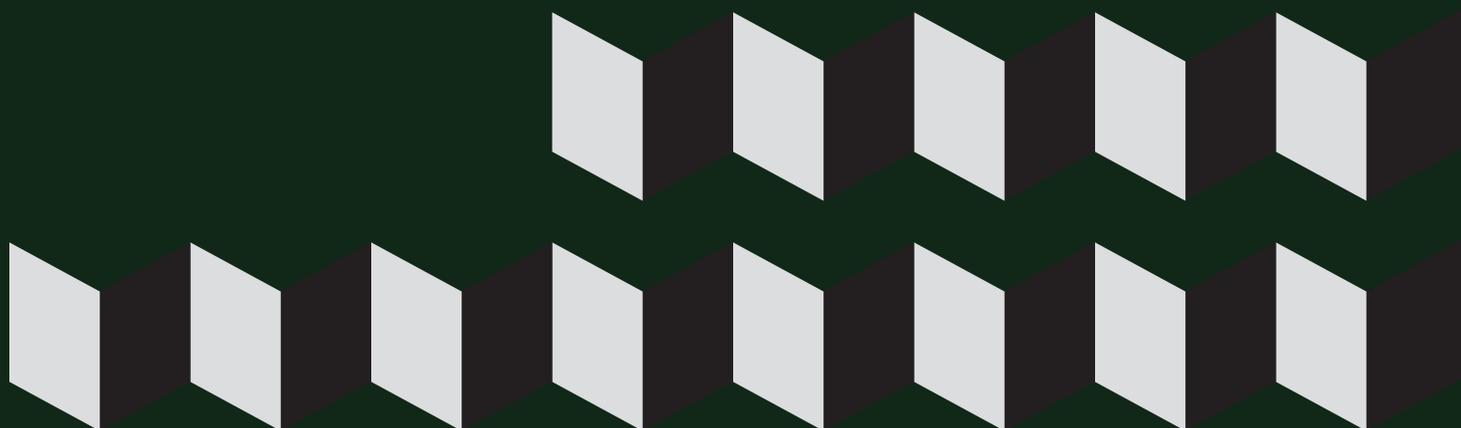


Die Privatstiftung

Nationales und internationales Stiftungsrecht

Schriftleitung

Georg Kodek, Christian Ludwig, Johannes Zollner



64 | Beiträge

Die Foundation Governance als Schlüsselement
im Wettbewerb der Stiftungsrechtsordnungen

Francesco A. Schurr

76 |

Neues Besteuerungsregime für Auslandsdividenden
bei Privatstiftungen

Eduard Lechner

87 | Rechtsprechung

Bestellung des Stiftungsvorstands durch einen
begünstigtendominierten Beirat

→ Fortsetzung aufgelöster Privatstiftungen

→ Hat ein Stifter eine Privatstiftung widerrufen und ist er nach dem Widerruf verstorben, kann der Stiftungsvorstand diesen Widerruf nicht per Beschluss rückgängig machen.

→ Es liegen in einem solchen Fall auch keine relevanten Änderungen iSd § 33 Abs 2 PSG vor, die die Änderung der Stiftungsurkunde mit Genehmigung des Gerichts zulassen würden.

Sachverhalt:

Die Privatstiftung wurde durch die (Sachwalterin der) Stifterin mit Notariatsakt gem § 34 PSG widerrufen. In weiterer Folge wurde die Privatstiftung mit rk B des Gerichts nach § 35 Abs 1 Z 5 (offenbar iVm § 35 Abs 3) PSG rk aufgelöst. Mehr als acht Jahre nach dem Widerruf beschloss der Stiftungsvorstand unter Berufung auf § 33 Abs 2 PSG, die Privatstiftung in eine „werbende Stiftung“ rückzuverwandeln. Der Widerruf durch die (Sachwalterin der) Stifterin und der gerichtliche B auf Auflösung der Privatstiftung gehören dem Rechtsbestand unverändert an.

Aus der Begründung:

[...]

2.1. Das PSG enthält – abgesehen von den Fällen des § 35 Abs 2 Z 3 und Abs 4 iVm Abs 1 Z 4 PSG – keine Bestimmung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen es möglich ist, aufgelöste Privatstiftungen in werbende rückzuverwandeln. Gem § 35 Abs 1 Z 4 PSG wird eine Privatstiftung ua aufgelöst, sobald der Stiftungsvorstand einen einstimmigen AuflösungsB gefasst hat. Nach § 35 Abs 2 Z 3 PSG hat der Stiftungsvorstand ua einen einstimmigen AuflösungsB zu fassen, sobald eine nicht gemeinnützige Privatstiftung, deren überwiegender Zweck die Versorgung von natürlichen Personen ist, 100 Jahre gedauert hat, es sei denn, dass alle Letztbegünstigten einstimmig beschließen, die Privatstiftung für einen weiteren Zeitraum, längstens jedoch 100 Jahre, fortzusetzen. Dieser FortsetzungsB kann vor oder nach Fassung eines AuflösungsB durch den Stiftungsvorstand gefasst werden. Fasst der Stiftungsvorstand einen AuflösungsB, obwohl ein Auflösungsgrund nicht vorliegt, so können gem § 35 Abs 4 PSG die Personen, die auch die Auflösung der Stiftung beantragen können (§ 35 Abs 3 PSG), die Aufhebung des B des Stiftungsvorstands – auch nach Eintragung der Auflösung – begehren (*N. Arnold*, aaO § 35 Rz 20). Weitere Möglichkeiten zur Fortsetzung (Reaktivierung) einer aufgelösten Privatstiftung sieht das PSG hingegen nicht vor.

2.2. Weitergehende Möglichkeiten zur Reaktivierung einer aufgelösten Gesellschaft kennt hingegen das Aktienrecht. Gem § 215 Abs 1 AktG kann die Hauptversammlung die Fortsetzung einer durch Zeitablauf oder durch B der Hauptversammlung aufgelösten AG beschließen, solange noch nicht mit der Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre begonnen ist. Gleiches gilt gem Abs 2 für die Auflösung der AG durch Konkursöffnung in den dort aufgezählten Fällen der Konkursaufhebung (vgl 6 Ob 87/04 v; *Geist in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 215 Rz 2 f). Für die GmbH fehlen zwar entspre-

→ Abgesehen von den Fällen des § 35 Abs 2 Z 3 und Abs 4 (iVm Abs 1 Z 4) PSG sind im PSG Möglichkeiten zur Fortsetzung aufgelöster Privatstiftungen nicht ausdrücklich geregelt. Ob § 215 AktG analog angewendet werden kann, musste im konkreten Fall nicht geklärt werden.

chende ausdrückliche Bestimmungen über eine Fortsetzung. Nach hA ist § 215 AktG jedoch analog auf die GmbH anzuwenden (6 Ob 330/98 t; 6 Ob 87/04 v; 6 Ob 26/05 s; RIS-Justiz RS0059934; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 12). Eine aufgelöste GmbH kann daher aufgrund eines GesellschafterB grundsätzlich fortgesetzt werden, solange die GmbH noch nicht beendet ist und noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen wurde (6 Ob 330/98 t; 6 Ob 87/04 v; 6 Ob 215/05 s; *Koppensteiner/Rüffler*, aaO Rz 34). Die Fortsetzung der Gesellschaft ist aber nur möglich, wenn der Auflösungsgrund beseitigt wird (*Koppensteiner/Rüffler*, aaO Rz 20 mwN; *Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/546; RIS-Justiz RS0050183; RS0059934 [T 1, T 3 und T 4]; 6 Ob 187/04 z mwN).

2.3. Voraussetzung einer analogen Anwendung des § 215 AktG für Privatstiftungen wäre jedenfalls eine planwidrige (nicht gewollte) Gesetzeslücke (RIS-Justiz RS0098756; 6 Ob 112/04 w). Eine Lücke im Rechtssinn liegt vor, wenn das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und seinem immanenten Zweck, unvollständig und daher ergänzungsbedürftig ist, ohne dass die Ergänzung einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht (RIS-Justiz RS0098756; RS0008866; 6 Ob 112/04 w; 4 Ob 193/06 w). An einer planwidrigen Gesetzeslücke und damit an der Grundvoraussetzung für eine ergänzende Rechtsfindung fehlt es demnach, wenn der Gesetzgeber eine bestimmte Rechtsfolge für einen bestimmten Sachverhalt bewusst nicht angeordnet hat (RIS-Justiz RS0008866; RS0008870; RS0008839; RS0025102; 6 Ob 112/04 w).

2.4. Die Möglichkeit der Fortsetzung einer aufgelösten Privatstiftung wird im Schrifttum va iZm dem Abschluss eines Zwangsausgleichs erörtert. *N. Arnold* (PSG² § 35 Rz 4) hält eine Fortsetzung der Privatstiftung – wie sie § 215 Abs 2 AktG vorsieht – für nicht möglich, weil die Privatstiftung über keine Gesellschafter verfüge, die die Fortsetzung beschließen könnten, und auch eine Beschlussfassung durch die Letztbegünstigten analog § 35 Abs 2 Z 3 PSG ausscheide. Diese Rechtsauffassung vertritt auch *Riel* (in *Doral/Nowotny/Kalss*, PSG § 35 Rz 10).

2.5. Demgegenüber ist nach *Csoklich* (ÖBA 2008, 416 [FN 128]) auch noch nach Fassung des B des Vorstands auf Auflösung der Stiftung iSd § 35 Abs 2 Z 1 PSG eine Zurücknahme des Widerrufs durch den Stifter möglich, wenn dieser Letztbegünstigter ist oder der Letztbegünstigte zustimmt. Der Stiftungsvorstand habe in einem derartigen Fall einen entsprechenden Fortset-

PSR 2010/17

§§ 33, 34, 35, 36
PSG; § 215 AktG

OGH 14. 1. 2010,
6 Ob 261/09i

Widerruf und
Auflösung der
Privatstiftung;
Fortsetzungs-
beschluss durch
den Vorstand

Eine durch den Stifter
wirksam widerrufen und
aufgelöste Stiftung kann
durch Vorstandsbeschluss
nicht in eine werbende
Stiftung rückverwandelt
werden.

zungsB zu fassen. Auch nach *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Gesellschaftsrecht Rz 7/82) kann die Auflösung einer Privatstiftung trotz Fehlens einer Regelung auch rückgängig gemacht werden, sofern die materiellen Voraussetzungen dafür vorliegen (zB der Widerruf zurückgenommen wurde), der Stiftungsvorstand einen FortsetzungsB fasst und mit der Verteilung des Vermögens noch nicht begonnen wurde.

2.6. Die für die analoge Anwendung des § 215 AktG von den RevRekWerbern ins Treffen geführten Argumente überzeugen nicht: Soweit sich die RevRekWerber in diesem Zusammenhang auf das Beispiel eines Abschlusses eines Zwangsausgleichs durch die Privatstiftung berufen, ist ihnen zunächst entgegenzuhalten, dass gerade die Möglichkeit einer Fortsetzung in diesem Fall im einschlägigen Schrifttum abgelehnt wird (vgl *Riel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 35 Rz 10; *N. Arnold*, PSG² § 35 Rz 4). Der Umstand, dass die Privatstiftung im Gegensatz zur AG gerade nicht gewerbsmäßig tätig sein darf, rechtfertigt hier durchaus eine unterschiedliche Behandlung durch den Gesetzgeber.

Zudem unterscheidet sich dieses Beispiel ebenso wie das weitere von den RevRekWerbern angeführte Beispiel eines – in der irrigen Annahme, eine Krankheit, deren Bekämpfung Zweck der Stiftung bilde, sei endgültig ausgerottet – gefassten Auflösungsbeschlusses vom vorliegenden Fall dadurch, dass hier ein Widerruf der Stifterin vorliegt und dieser durch die Vorgangsweise der RevRekWerber unterlaufen werden soll.

Gleichwohl bedarf es im vorliegenden Fall keines abschließenden Eingehens auf die Zulässigkeit einer analogen Anwendung des § 215 AktG im Privatstiftungsrecht:

3.1. Nach § 33 Abs 2 PSG kann nach dem Entstehen einer Privatstiftung die Stiftungserklärung vom Stifter nur geändert werden, wenn er sich Änderungen vorbehalten hat. Ist eine Änderung wegen Wegfalls eines Stifters, mangels Einigkeit bei mehreren Stiftern oder deswegen nicht möglich, weil Änderungen nicht vorbehalten sind, so kann der Stiftungsvorstand unter Wahrung des Stiftungszwecks Änderungen der Stiftungserklärung zur Anpassung an geänderte Verhältnisse vornehmen.

3.2. Eine derartige Änderung der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand bedarf der Genehmigung des Gerichts. Diese Genehmigung dient der Kontrolle der ordnungsgemäßen Ausübung des Änderungsrechts durch den Stiftungsvorstand (*N. Arnold*, PSG² § 33 Rz 61; 6 Ob 19/06 x). Sie soll den in der Stiftungserklärung zum Ausdruck kommenden Stifterwillen vor nachträglicher, unkontrollierter und leichtfertiger Veränderung und Verfälschung und zugleich die Privatstiftung vor dem Zugriff ihrer eigenen Organe schützen (*Müller* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich*, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz [1994] 271 FN 28; 6 Ob 19/06 x).

3.3. 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 *Stifterwille* ist vom Vorstand jedenfalls zu beachten (6 Ob 187/03 y; vgl auch *N. Arnold*, GesRZ 2004, 240 [Entscheidungsanmerkung]; *ders*, PSG² § 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; 6 Ob 19/06 x).

3.4. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für die Änderung der Stiftungserklärung durch den Vorstand nach § 33 Abs 2 PSG aus mehreren Gründen nicht erfüllt: Zunächst ist Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung das Vorliegen *geänderter Verhältnisse*. Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist im vorliegenden Fall jedoch keineswegs gesichert. Fest steht lediglich, dass die Stifterin zwischenzeitig verstorben ist. Die Ausführungen im RevRek über den angeblichen Zweck des Widerrufs der Stiftung durch die Stifterin finden in den von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen keine Deckung; die RevRekWerber weisen darin vielmehr auf ihre eigenen Erklärungen in einem notariellen Protokoll. Der Umstand, dass dieses Protokoll von einem Notar aufgenommen wurde, beweist jedoch lediglich, dass die betreffenden Erklärungen tatsächlich abgegeben wurden, sagt über die inhaltliche Richtigkeit dieser Erklärungen hingegen nichts aus.

3.5. Nach § 34 PSG kann die Privatstiftung vom Stifter widerrufen werden, wenn er sich den Widerruf in der Stiftungserklärung vorbehalten hat. Dieser Widerruf ist ein einseitiges höchstpersönliches (nicht übertragbares) Gestaltungsrecht (*N. Arnold*, PSG² § 34 Rz 3). Dabei handelt es sich gewissermaßen um den vom Stifter privatautonom gesetzten „*contrarius actus*“ zur Errichtung der Privatstiftung.

3.6. Das PSG unterscheidet deutlich zwischen der in § 33 PSG geregelten Änderung der Privatstiftung und dem Widerruf der Privatstiftung. Letzterer ist, soweit es sich um den Widerruf vor Entstehen der Privatstiftung handelt, in § 33 Abs 1 PSG geregelt. Sedes materiae des Widerrufs der Privatstiftung nach deren Entstehen ist hingegen § 34 PSG. Schon das Fehlen einer Kompetenz des Vorstands im Zusammenhang mit dem Widerruf der Privatstiftung nach § 34 PSG zeigt, dass der Gesetzgeber hier die autonome Entscheidung des Stifters respektiert und deren Unterlaufen durch den Vorstand der Privatstiftung nicht billigt. Die gegenteilige Auffassung der RevRekWerber würde dazu führen, dass die Stiftung entgegen dem ausdrücklich erklärten Auflösungswunsch der Stifterin ein Eigenleben entfaltet. Dies wäre mit der Konzeption der Privatstiftung nach dem PSG aber nicht vereinbar. Solange daher der Widerruf der Privatstiftung durch den Stifter noch aufrecht ist, liegt – wie schon das RekG zutreffend erkannt hat – keine relevante Änderung vor, die eine Beschlussfassung durch den Vorstand iSd § 33 Abs 2 PSG zuließe. Weil von der Stifterin nicht einmal der Versuch unternommen wurde, den wirksam erklärten Widerruf der Privatstiftung wieder zurückzunehmen oder sonst zu beseitigen, ist im vorliegenden Fall auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Rücknahme überhaupt in Betracht kommen könnte, nicht einzugehen.

3.7. Die Anwendung des § 33 Abs 2 PSG, auf die sich die RevRekWerber stützen, ist aber noch aus einer weiteren Erwägung verfehlt: Bei der Fortsetzung einer Aktiengesellschaft nach § 215 AktG handelt es sich nämlich um keine Satzungsänderung (*Geist in Labor-*

negg/Strasser, AktG⁴ § 215 Rz 1). Gleiches gilt nach hA auch für die GmbH (Reich-Rohrwig, GmbH [1983] 689; Umfahrer, GmbHG⁶ [2008] Rz 787). Gleiches müsste im Fall der analogen Anwendung dieser Bestimmung auch für die Privatstiftung gelten. Dies bedeutet freilich nicht, dass der Stiftungsvorstand hier keiner gerichtlichen Kontrolle unterläge. Vielmehr hat das Firmenbuchgericht im Rahmen des Eintragungsverfahrens die Zulässigkeit der begehrten Eintragung zu prüfen; diese Kontrolle im Rahmen des firmenbuchrechtlichen Eintragungsverfahrens ist aber nach dem Gesagten von der Genehmigung einer Änderung der Stiftungsurkunde nach § 33 PSG zu unterscheiden (6 Ob 19/06x; N. Arnold, PSG² § 33 Rz 31 aE).

3.8. Weil somit das Unterlaufen des vom Stifter ausgeübten Widerrufsrechts durch den Stiftungsvorstand überhaupt ausgeschlossen ist, kann auch der in der

RevRekBeantwortung vertretenen Auffassung nicht gefolgt werden, ein Größenschluss aus § 33 Abs 2 PSG erfordere eine gerichtliche Genehmigung. Wenn schon geringfügige Änderungen der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand nach § 33 Abs 2 PSG der gerichtlichen Kontrolle unterworfen seien, müsse dies umso mehr für solche B gelten, die wesentlich weitergehend in die Struktur der Privatstiftung eingriffen. Für eine derartige Kontrolle des Firmenbuchgerichts im Außerstreitverfahren nach § 33 Abs 2, § 40 PSG besteht im vorliegenden Fall aber schon deshalb kein Bedürfnis, weil nach dem Gesagten das Unterlaufen des Widerrufs überhaupt unzulässig ist. Dieser Umstand kann aber vom Firmenbuchgericht im Eintragungsverfahren auch ohne Vorschaltung eines separaten Genehmigungsverfahrens wahrgenommen werden.

[...]

Anmerkung:

Vollkommen zu Recht geht der OGH (wie bereits ErstG und ZweitG) von der Unzulässigkeit eines der rk Auflösung und dem Widerruf widersprechenden „Fortsetzungsbeschlusses“ des Stiftungsvorstands aus. Liegt ein wirksamer Widerruf der Privatstiftung durch den/die Stifter vor, hat der Stiftungsvorstand einen einstimmigen AuflösungsB zu fassen (§ 35 Abs 2 Z 1 PSG). Der AuflösungsB kann bei Nichtzustandekommen gerichtlich ersetzt werden (§ 35 Abs 3 PSG) oder bei Nichtvorliegen eines Auflösungsgrundes gerichtlich bekämpft werden (§ 35 Abs 4 PSG). Dieser Gesetzeskonzeption würde es aber vollkommen zuwider laufen, würde man es in die Zuständigkeit des durch den Widerruf des/der Stifter/s gebundenen Stiftungsvorstands legen, den bereits getroffenen Widerruf durch einen B des Stiftungsvorstands zu unterlaufen. Ist der Stiftungsvorstand der Ansicht, dass der Widerruf unzulässig ist, hat er die Fassung eines AuflösungsB zu unterlassen und die gerichtliche Ersetzung desselben zu bekämpfen. Gerade dies ist – den Sachverhaltsangaben zufolge – im vorliegenden Fall erfolgt; dies mit dem Ergebnis, dass der AuflösungsB des Stiftungsvorstands rk durch das Gericht ersetzt wurde.

Ebenso beizupflichten ist dem Höchstgericht darin, dass die Frage einer analogen Anwendung des § 215 AktG auf die Privatstiftung im konkreten Fall nicht zu prüfen war. Selbst wenn man die Beseitigung eines bereits erklärten Widerrufs der Privatstiftung (nach § 34 PSG) einer Fortsetzung einer AG nach § 215 AktG gegenüberstellt, liegt die Zuständigkeit zur Beseitigung des Widerrufs nicht beim Stiftungsvorstand.

Anders gelagert könnte der Fall nur dann sein, wenn der Auflösungsgrund tatsächlich wegfällt. Csoklich¹⁾ und Kals²⁾ nennen hier als Beispiel die Zurücknahme des Widerrufs durch den Stifter, sofern mit der Verteilung des Vermögens noch nicht begonnen wurde. Diese Überlegungen weichen auch insoweit nicht von den von Riel³⁾ und N. Arnold⁴⁾ angestellten ab, da es bei Beseiti-

gung des Widerrufs nicht um den FortsetzungsB des „Gesellschafters“ (analog § 215 AktG) geht, sondern um den Wegfall des materiellen Auflösungsgrundes. So könnte der materielle Auflösungsgrund etwa durch eine gerichtliche Entscheidung als Folge einer Auseinandersetzung bei Stiftermehrheit über Fragen der Treuepflicht bei Ausübung von Gestaltungsrechten wegfallen, über Wiederaufnahme im streitigen Verfahren bzw Abänderungsantrag im Außerstreitverfahren, Irrtumsanfechtung etc. Ebenso könnte von Anbeginn an ein irrigerweise als wirksam angesehener Widerruf sich nachträglich als unwirksam herausstellen (etwa bei Geschäftsunfähigkeit des Stifters). In diesen Fällen fällt die materielle Grundvoraussetzung des AuflösungsB des Stiftungsvorstands weg oder es steht nachträglich fest, dass sie niemals bestanden hat. Alternativ zu einem Antrag nach § 35 Abs 4 PSG wäre hier eine Zurücknahme des AuflösungsB des Stiftungsvorstands infolge Wegfalls des materiellen Auflösungsgrundes denkbar. Einer Analogie zu § 215 AktG bedarf es mE auch in diesen Fällen nicht. Derartige Sachverhaltskonstellationen liegen im konkreten Fall aber nicht vor.

Sehr zu begrüßen ist auch die Klarstellung des OGH, dass es sich beim Widerrufsrecht nach § 34 PSG um ein höchstpersönliches, im Sinne von nicht übertragbares, Gestaltungsrecht handelt. Die in der Judikatur teilweise missverständlich gewählten Formulierungen (vgl OGH 15. 1. 2009, 6 Ob 235/08 i GesRZ 2009, 237 ff (Anm N. Arnold) und bereits OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 106/03 m [s die diesbezüglichen Ausführungen in GeS aktuell 2003, 479 (481)]) werden damit einer Klärung zugeführt.

Nikolaus Arnold

1) ÖBA 2008, 416 (Fn 128).

2) In Kals/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 7/82.

3) In Doralt/Nowotny/Kals (Hrsg), PSG § 35 Rz 10.

4) PSG-Kommentar² § 35 Rz 4.

