

Erlöschen der Funktion des Stiftungsprüfers

Die Funktion des Stiftungsprüfers ist höchstpersönlicher Natur. Selbst bei Untergang der juristischen Person durch Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge nach § 2 UmwG erlischt die Bestellung zum Stiftungsprüfer. Ob dies auch bei einer bloß formwechselnden Umwandlung der Fall ist, hat das Gericht nicht abschließend geklärt.

§ 20 Abs 1 PSG,
§ 2 UmwG

OLG Wien 13.3.2012, 28 R 229/11v

Spruch:

Dem Rekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass er zu lauten hat:

„Die Bestellung der Dr.Hans B Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs Ges.m.b.H. als Stiftungsprüferin endete mit 27.März 2010.

Dr. Hans B, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, wird zum Stiftungsprüfer mit dem Auftrag bestellt, die Jahresabschlüsse für 2009 und 2010 zu prüfen sowie sämtliche damit verbundenen Kontrollrechte auszuüben.“

Der ordentliche Revisionsrekurs ist zulässig.

Begründung:

Die E Privatstiftung (im Folgenden: Stiftung) ist seit 7.2.2008 im Firmenbuch eingetragen. Der ursprüngliche Sitz in Wien wurde mittlerweile in die Gemeinde Texingtal verlegt. Der Vorstand setzt sich aus Claudia T (Vorsitzende), Peter Z (Stellvertreter) sowie Robert H (weiteres Vorstandsmitglied) zusammen; jedes Vorstandsmitglied vertritt gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied.

Gemäß Pkt 13. der Stiftungsurkunde (idF vom 2.3.2011) fallen die Geschäftsjahre (abgesehen vom ersten Rumpfgeschäftsjahr) mit den Kalenderjahren zusammen.

Nach Pkt 14. wird der Stiftungsprüfer „über Vorschlag des Vorstandes vom Gericht für jeweils 3 Jahre bestellt. Eine Wiederbestellung ist zulässig (...)“

Das vor der Sitzverlegung zuständige Handelsgericht Wien bestellte mit Beschluss vom 10.11.2008 die Dr.Hans B Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs GmbH (im Folgenden:

Wirtschaftsprüfungs GmbH) zum Stiftungsprüfer „für die Dauer von 2008 - 2010 (Handelsgericht Wien 72 Fr****). Mit Beschluss vom 15.4.2011 bestellte das nach der Sitzverlegung zuständig gewordene Erstgericht den vom Vorstand vorgeschlagenen Mag.Klaus V, Wirtschaftsprüfer in Wien, zum Stiftungsprüfer „für die Dauer von 3 Jahren“ (ON 4 in 28 Fr****). Mit Beschluss vom 10.6.2011 stellte es – auf Anfrage Dris.B vom 26.5.2011 - klar, dass die Wirtschaftsprüfungs GmbH für die Dauer von 2008 bis 2010 zum Stiftungsprüfer bestellt worden sei, daher könne die Bestellung von Mag.Klaus V im April 2011 erst für die Zukunft Wirksamkeit entfalten (28 Fr ****).

Am 10.10.2011 beantragte die Stiftung im vorliegenden Verfahren, die Wirtschaftsprüfungs GmbH abzuheben und Mag.Klaus V für die Jahre 2009 und 2010 als Stiftungsprüfer zu bestellen. Die Wirtschaftsprüfungs GmbH sei zwischenzeitig aufgelöst und gelöscht worden, weshalb für die Jahre 2009 und 2010 Mag.Klaus V als Stiftungsprüfer nominiert worden sei.

Nach dem Firmenbuchauszug war Dr.Hans B alleiniger Gesellschafter und Alleingeschäftsführer der Wirtschaftsprüfungs GmbH. Diese Gesellschaft wurde gemäß §§ 2 ff UmwG durch Übertragung des Unternehmens auf den Alleingesellschafter Dr.Hans B umgewandelt. Die Umwandlung wurde am 27.3.2010 eingetragen und die Wirtschaftsprüfungs GmbH gelöscht.

Mit dem **angefochtenen Beschluss** wies das Erstgericht den Antrag auf Bestellung eines „neuen Stiftungsprüfers (für das Jahr 2010)“ ab.

Rechtlich führte es aus, dass die Wirtschaftsprüfungs GmbH auf den Alleingesellschafter umgewandelt worden

sei. Infolge der Gesamtrechtsnachfolge sei der Prüfungsauftrag für die Jahre 2008 bis 2010 von der Wirtschaftsprüfungs GmbH auf deren Alleingesellschafter Dr.Hans B als natürliche Person übergegangen.

Gegen diesen Beschluss wendet sich der **Rekurs der Stiftung** mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss abzuändern und Mag.Klaus V als Stiftungsprüfer auch für die Jahre 2009 und 2010 zu bestellen.

Dr.Hans B beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist teilweise **berechtigt**.

1. Die Rekurswerberin bringt vor, der Prüfungsauftrag sei höchstpersönlich und könne selbst durch eine Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 2 UmwG nicht auf den Alleingesellschafter übergehen. Daher hätte das Erstgericht antragsgemäß Mag.Klaus V zum Stiftungsprüfer für die Jahre 2009 und 2010 bestellen müssen.

Abgesehen davon bestehe ein wichtiger Grund für die Abberufung der Wirtschaftsprüfungs GmbH als Stiftungsprüferin für die Jahre 2009 und 2010.

Hierzu ist Folgendes auszuführen:

2.1. Der Stiftungsprüfer ist ein in § 14 Abs 1 PSG zwingend vorgeschriebenes Organ der Privatstiftung. Er ist gemäß § 20 Abs 1 PSG vom Gericht, gegebenenfalls von einem (hier jedoch nicht eingerichteten) Aufsichtsrat zu bestellen. Nach Abs 2 der Bestimmung dürfen zum Stiftungsprüfer nur beedete Wirtschaftsprüfer und Steuerberater oder Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften oder beedete Buchprüfer und Steuerberater oder Buchprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften bestellt

werden. Abs 3 enthält Unvereinbarkeitsregelungen.

Der Stiftungsprüfer ist ein Kontrollorgan, das dem Stiftungsvorstand zur Seite gegeben werden soll. Wegen der Eigentümer- und Gesellschafterlosigkeit der Privatstiftung besteht strukturbedingt ein Kontrolldefizit bei der Privatstiftung, sodass deren Kontrolle über die privatrechtliche Organisation der Privatstiftung und nur subsidiär durch die staatliche Aufsicht durch die Gerichte ausgeübt werden soll. Dem Stiftungsprüfer sind auf Grund seiner Organstellung weitergehende Befugnisse, aber auch Pflichten eingeräumt als einem Abschlussprüfer einer Kapitalgesellschaft. Die Rechte und Pflichten eines Stiftungsprüfers sind in § 21 PSG nicht abschließend geregelt. Vielmehr ist der Stiftungsprüfer sowohl berechtigt als auch verpflichtet, bei Vorliegen zureichender Gründe eine Sonderprüfung nach § 31 PSG oder die gerichtliche Bestellung oder Abberufung von Mitgliedern eines Stiftungsorgans nach § 27 PSG zu beantragen. Im Zuge der Prüfung der Jahresabschlüsse hat er auch zu beurteilen, ob die Stiftungserklärung hinsichtlich des Stiftungszwecks eingehalten wurde, ob der Lagebericht mit dem Jahresabschluss auch hinsichtlich der Erfüllung des Stiftungszwecks in Einklang steht und ob der Lagebericht hinsichtlich der Erfüllung des Stiftungszwecks eine falsche Vorstellung von der Lage der Privatstiftung erweckt (6 Ob 239/08p = GesRZ 2009, 301 [Arnold]; Arnold, PSG² § 20 Rz 1f; RV PSG 1132 BlgNR 18.GP zu § 21 PSG).

2.2. Die Bestellung zum Stiftungsprüfer endet, abgesehen von anderen Endigungsgründen, ua mit Ablauf der Funktionsperiode, für die er bestellt wurde. Bei natürlichen Personen endet mit deren Ableben die Organfunktion als Stiftungsprüfer. Bei juristischen Personen ist bei ihrem Untergang wegen der Höchstpersönlichkeit des Prüferamtes selbst bei einer Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge grundsätzlich von einem Erlöschen der Bestellung zum Stiftungsprüfer auszugehen (Arnold, PSG² § 20 Rz 30, der bloß bei einer formwechselnden Umwandlung den Fortbestand der Organfunktion annimmt).

Im konkreten Fall wurde die Wirtschaftsprüfungs GmbH durch

Übertragung des Unternehmens auf ihren Hauptgesellschafter (hier: Alleingesellschafter) gemäß § 2 UmwG umgewandelt. Mit Eintragung der Umwandlung in das Firmenbuch am 27.3.2010 erlosch die Wirtschaftsprüfungs GmbH (§ 2 Abs 2 Z 2 UmwG).

Zwar sieht § 2 Z 1 UmwG eine Gesamtrechtsnachfolge vor, indem es anordnet, dass das Vermögen der Kapitalgesellschaft einschließlich der Schulden auf den Hauptgesellschafter übergeht. Die Gesamtrechtsnachfolge ist grundsätzlich umfassend. Der Nachfolger tritt in die Rechtsstellung der übertragenden Gesellschaft ein und übernimmt deren Vermögen mit allen Rechten und Pflichten. Ausgenommen davon sind jedoch diejenigen Rechte und Pflichten, die höchstpersönlicher Natur sind (Kalss,

Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung² § 225a AktG Rz 36f und 41f zur inhaltsgleichen Regelung des § 225a Abs 3 Z 1 AktG). Dazu zählen Auftrag und Vollmacht, welche gemäß § 1023 ABGB im Fall des Erlöschens der juristischen Person untergehen. Nur in jenen Fällen, in denen es nicht um ein echtes persönliches Vertrauensverhältnis oder um eine persönliche Leistungserbringung geht, bejaht die herrschende Lehre einen Übergang von unternehmensbezogenen Aufträgen und Vollmachten (zB Übergang von Girokontenverträgen bei einer Verschmelzung von Banken; Kalss, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung² § 225a AktG Rz 42; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ Rz 23; Rubin in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1023 Rz 3, je mwN).

Zum Unterschied davon ist aber die Funktion des Stiftungsprüfers höchstpersönlicher Natur. Als Organ der Stiftung kann der Organwalter seine Funktion nicht übertragen. Ist der Organwalter eine juristische Person, dann endet diese Funktion mit ihrem Erlöschen (ob eine Ausnahme im Fall einer bloß formwechselnden Umwandlung geboten ist [bejahend Arnold, PSG² § 20 Rz 30], ist wegen des hier anders gelagerten Sachverhalts nicht zu prüfen).

Zusammengefasst teilt das Rekursgericht nicht die Rechtsansicht des Erstgerichtes, dass die Funktion des Stiftungsprüfers mit Eintragung der Umwandlung auf Dr.Hans B überging. Vielmehr endete die

Bestellung der Wirtschaftsprüfungs GmbH als Stiftungsprüfer mit deren Erlöschen am 27.3.2010.

3. Mag.Klaus V wurde erst mit Beschluss vom 15.4.2011 zum Stiftungsprüfer „für die Dauer von drei Jahren“ bestellt. Diese Formulierung legt die Funktionsdauer nicht eindeutig fest, weil sowohl eine Periode von drei Jahren als auch eine Funktionsdauer für weitere drei Geschäftsjahre gemeint gewesen sein konnte.

Zwar hätte eine kalendermäßige Begrenzung der Funktionsdauer eines Stiftungsprüfers den Vorteil, dass der Beginn und das Ende der Funktionsdauer eindeutig festgelegt sind. Allerdings wäre eine solche zeitliche Fixierung der Funktionsdauer mit gravierenden Nachteilen verbunden: Zum einen müsste ein Stiftungsprüfer die Prüfung eines Jahresabschlusses, wenn sie nicht am letzten Tag seiner Funktionsdauer abgeschlossen wäre, abbrechen. Zum anderen bestünde (insbesondere gegen Ende einer Funktionsperiode) für den Vorstand die Möglichkeit, etwa durch verspätete Rechnungslegung die Prüftätigkeit des aktuellen Stiftungsprüfers durch Verzögerung zu unterlaufen.

Es ist daher sachgerechter, die Funktionsdauer auf die zu prüfenden Geschäftsjahre zu beziehen, wie dies in der Praxis regelmäßig geschieht. Die weiteren Kontrollbefugnisse und -pflichten, etwa eine Sonderprüfung nach § 31 PSG oder eine gerichtliche Bestellung oder Abberufung von Mitgliedern eines Stiftungsorgans nach § 27 PSG zu beantragen, stehen im Zusammenhang mit der Prüfungstätigkeit für die vom Stiftungsprüfer zu prüfenden Geschäftsjahre und sind im Zusammenhang mit dieser Kontrolltätigkeit auszuüben.

4. Die Wirtschaftsprüfungs GmbH wurde für die Geschäftsjahre 2008 bis inklusive 2010 bestellt, die Bestellung von Mag. Klaus V zum Stiftungsprüfer bezieht sich auf die Geschäftsjahre 2011 bis inklusive 2013. Da jedoch die Funktion der Wirtschaftsprüfungs GmbH vorzeitig mit 27.3.2010 endete, besteht eine Lücke zum Beginn der Funktionsdauer des Stiftungsprüfers Mag.V.

Eine rückwirkende Bestellung zum Stiftungsprüfer erscheint problematisch, weil mit dieser Organfunktion auch Rechte und Pflichten verbunden sind, die - wie etwa eine Sonderprüfung oder eine gerichtliche Bestellung oder Abberufung von Mitgliedern eines Stiftungsorgans zu beantragen - nicht rückwirkend ausgeübt werden können (Kalls, Resümee-Protokoll des Workshops „Aktuelle Fragen zum PSG nach der Novelle 2010“, GesRZ 2011, 161 [164]).

Mag.V konnte auch nicht als bestellter Stiftungsprüfer (für die Geschäftsjahre 2011 bis inklusive 2013) aufgetragen werden, die unerledigten Prüfungsaufgaben seiner Vorgängerin durchzuführen. Er teilte auf telefonische Anfrage des Rekursgerichts mit, dass er einen derartigen Auftrag nicht übernehmen könne, weil er mit 1. Jänner 2012 seine Befugnis als Steuerberater und Wirtschaftsprüfer ruhend gestellt habe.

Hingegen erklärte sich Dr. Hans B, beedeter Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, bereit, die Funktion des Stiftungsprüfers zur Prüfung der Jahresabschlüsse für 2009 und 2010 zu übernehmen. Seine Bestellung erscheint zweckmäßig, weil er bereits mit der Prüfung des Jahresabschlusses 2009 befasst war. Dass Dr. Hans B nicht vom Vorschlag des Vorstands der Stiftung umfasst war, schadet nicht, weil ein Vorschlag das Gericht nicht bindet (Arnold, PSG² § 20 Rz 21; 6 Ob 231/02t).

Die Rekurswerberin beantragte im Rekurs die Abberufung der Wirtschaftsprüfung GmbH aus wichtigem Grund, weil sie mit Honorarnote vom 18. Oktober 2011 ein wesentlich höheres als das vereinbarte Honorar in Rechnung gestellt habe, wodurch das Vertrauensverhältnis gestört sei.

Dieses Vorbringen ist selbst dann, wenn es auf Dr. Hans B übertragen würde, nicht geeignet, Bedenken gegen seine Person aufzuzeigen. § 20 Abs 4 PSG trifft zur Wahrung der Unabhängigkeit des Stiftungsprüfers eine **zwingende** Vergütungsregelung durch Verweis auf § 270 Abs 5 UGB. Danach hat der (Abschluss)Prüfer Anspruch auf Ersatz der notwendigen baren Auslagen und auf angemessene Entlohnung für seine Tätigkeit. Kann zwischen dem Stiftungsvorstand und dem Stiftungsprüfer kein Einvernehmen über

die Vergütung hergestellt werden, hat das Gericht die Vergütung festzusetzen (Arnold, PSG² § 20 Rz 21).

In weitgehender Stattgebung des Rekurses wird der angefochtene Beschluss entsprechend abgeändert.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist gemäß § 40 PSG iVm §§ 59 und 62 Abs 1 AußStrG zulässig, weil, soweit überblickbar, oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehlt, ob die einer Prüfungsgesellschaft übertragene Funktion als Stiftungsprüfer im Fall der Umwandlung gemäß § 2 UmwG durch Gesamtrechtsnachfolge auf den Hauptgesellschafter übergeht oder nicht.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 28, am 13. März 2012