

Fortsetzung einer aufgelösten Privatstiftung

1. Die Fortsetzung einer aufgelösten Privatstiftung kommt grundsätzlich in Betracht, wenn
 - der ursprüngliche Auflösungsgrund weggefallen ist,
 - ein Fortsetzungsbeschluss des Stiftungsvorstandes im Zeitraum nach Fassung des Auflösungsbeschlusses gefasst wurde und
 - Letztbegünstigten oder anderen Dritten noch keine klagbaren Ansprüche entstanden sind bzw der Letztbegünstigte dem Widerruf zugestimmt hat.
 2. Die Frage, ob der Widerruf der Privatstiftung vom Stifter nach Beginn der Verteilung des Stiftungsvermögens noch möglich ist, bleibt in dieser E offen.
- §§ 34, 35 PSG
OLG Innsbruck 10.1.2012, 3 R 227/11y

Spruch

Dem Rekurs wird dahin **Folge** gegeben, dass die bekämpfte Entscheidung **aufgehoben** und die Firmenbuchsache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung über den Antrag 64 Fr***-I unter Abstandnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund **zurückverwiesen** wird.

Der (ordentliche) Revisionsrekurs ist **zulässig**.

Begründung:

In das Firmenbuch ist zu FN*** (seit 28.4.2011, 16 Fr*** LG Ried im Innkreis) die B*** mit (seit 8.2.2006, 64 Fr*** LG Innsbruck) dem Sitz in ***, mit der Geschäftsanschrift ***, mit dem Stiftungszweck der Verwaltung, Erhaltung und Vermehrung des Stiftungsvermögens, insbesondere die Verwaltung der von der Stiftung gehaltenen bzw erworbenen Unternehmensbeteiligungen und mit den selbstständig vertretungsbefugten Vorstandsmitgliedern Dr. KW*** (Vorsitzender), ***, Dr. AG*** (stellvertretender Vorsitzender), ***, und Mag. RS*** (Mitglied), ***, eingetragen. Der Stifter JE*** hat mit Erklärung vom 9.2009 die Privatstiftung aufgrund eines in der Stiftungsurkunde enthaltenen Widerrufsvorbehalts widerrufen. Mit Beschluss vom 9.2.2009 fasste der Stiftungsvorstand einstimmig den Beschluss, die Privatstiftung aufzulösen.

Dieser Auflösungsbeschluss wurde am 23.2.2009 beim Erstgericht zur Eintragung in das Firmenbuch angemeldet und mit Beschluss vom 17.3.2009, 64 Fr***, am 17.3.2009 eingetragen. Im Firmenbuch scheint somit folgende Eintragung auf: „Die Privatstiftung ist aufgelöst“.

Mit dem am 22.11.2011 (64 Fr***) beim Erstgericht eingelangten Antrag begehren die drei Vorstandsmitglieder der Privatstiftung die Eintragung der Löschung der Auflösung der Privatstiftung, die Eintragung der Fortsetzung der Privatstiftung, die Löschung des Vorstandsmitglieds Mag. RS*** und die Eintragung des neuen Vorstandsmitglieds Mag. RW*** sowie darüber hinaus die gerichtliche Festsetzung einer jährlichen Vorstandsvergütung gemäß § 19 Abs 2 PSG. Dazu legten die die Stiftung vertretenden Vorstandsmitglieder den Notariatsakt vom 29.9.2011 vor. In diesem hat der Stifter JE*** seinen notariellen Widerruf der Privatstiftung vom 9.2.2009 vollinhaltlich zurückgenommen. In Entsprechung dieser Rücknahmeerklärung hat der Vorstand der Privatstiftung mit Beschluss vom 17.11.2011 die Aufhebung des Aufhebungsbeschlusses vom 9.2.2009 beschlossen. Aus den mit dem Antrag ON 1 vorgelegten Urkunden ergibt sich ferner, dass der Stifter JE*** bisher keine Verfügungen über das Stiftungsvermögen

traf und keine Rückübertragungen von Teilen des Stiftungsvermögens an den Stifter und Letztbegünstigten JE*** erfolgte.

Mit dem bekämpften Beschluss wies das Erstgericht die Anträge der Stiftung mit der zusammengefassten Begründung ab, aus der Entscheidung 6 Ob 261/09i ergebe sich, dass die Fortsetzungsmöglichkeiten einer aufgelösten Privatstiftung einschränkend gehandhabt werden müssten. Die entsprechenden Voraussetzungen seien hier nicht gegeben.

Gegen diese Entscheidung wendet sich nunmehr der (rechtzeitige) Rekurs der Privatstiftung mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung im Sinn einer Bewilligung der erstinstanzlichen Anträge abzuändern (S 7 ON 3).

Der Rekurs erweist sich aus nachstehenden Erwägungen im Sinne des vom gestellten Abänderungsantrag hilfsweise mitumfassten Aufhebungsbegehrens als begründet:

1.: Die bereits vom Erstgericht und im Rekurs zitierte vielfach veröffentlichte Entscheidung des OGH 6 Ob 261/09i (EvBl 2010/74, 510 [Schimka 512] = ecolex 2010, 465 = GesRZ 2010, 230 [Csoklich 233] = PSR 2010/17, 83 [N. Arnold 85] = AnwBl 2011, 60 = NZ 2011/15 = wbl 2010/158 = RdW 2010/299 = ZIK 2010/119 = ZfS 2010, 62) betraf die allseits bekannte (Csoklich GesRZ 2010, 234L Pkt 5.) Rosa S.

Privatstiftung. Die Stiftung wurde durch den Widerruf, den der Sachwalter der Stifterin erklärt hatte, aufgelöst. Jahre nach der Auflösung der Privatstiftung infolge des Widerrufs des Sachwalters der Stifterin und nach dem Tod der mittlerweile verstorbenen Stifterin hat der (ehemalige) Stiftungsvorstand den Beschluss gefasst, die aufgelöste Privatstiftung in Liquidation in eine „werbende“ Stiftung umzuwandeln. Die Kompetenz dazu leitete der Stiftungsvorstand im Wesentlichen aus seinem Recht gemäß § 33 Abs 2 PSG ab, die Stiftungserklärung mit Genehmigung durch das Gericht ändern zu können. Diese subsidiäre Befugnis zur Änderung der Stiftungserklärung schloss nach Ansicht des Stiftungsvorstands auch das Recht mit ein, eine bereits in Liquidation befindliche Privatstiftung wieder in eine „werbende“ Stiftung umzuwandeln. Der OGH hat in der zitierten E 6 Ob 261/09i die Kompetenz des Stiftungsvorstands zur Wandlung einer aufgelösten Privatstiftung in Liquidation in eine werbende Stiftung verneint, da dies ein Unterlaufen des vom Stifter zulässigerweise ausgeübten Widerrufsrechts darstellen würde. Dieser Sachverhalt unterscheidet sich allerdings, wie das Erstgericht bereits zutreffend hervorhob, von den vorliegenden Tatsachen.

2.: Trotz der Versagung der Fortsetzungsmöglichkeit in der speziellen Entscheidung 6 Ob 261/09i wird aber in der Literatur, wie schon das Erstgericht richtig darlegte, überwiegend die Auffassung vertreten, dass die **Fortsetzung** einer aufgelösten Privatstiftung **nicht generell unzulässig** ist (N. Arnold PSR 2010, 85; Csoklich GesRZ 2010, 233R Pkt 3.1.; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer Österreichisches Gesellschaftsrecht [2008] Rz 7/82; Kalss/Zollner Judikaturübersicht Privatstiftungsrecht 2010, PSR 2011/38, 136 [137]; Schimka ÖJZ 2010, 513L; Schimka/Zollner Aktuelles zum Widerruf einer Privatstiftung PSR 2010/45, 168 [170]). Von einigen Autoren wird die analoge Anwendung des § 215 AktG – der zB auch auf die GmbH ausgedehnt wird – ausgeschlossen (N. Arnold PSR 2010, 85 nach FN 4); von anderen Autoren wieder befürwortet (Csoklich GesRZ 2010, 233L Pkt 2.2.). Dass die Fortsetzung einer Privatstiftung

grundsätzlich zulässig sein muss, wird insbesondere aus

- der stiftungsspezifischen Sonderregelung des § 35 Abs 2 Z 3 zweiter Halbsatz PSG (Csoklich GesRZ 2010, 233L Pkt 2.1.; Schimka/Zollner PSR 2010, 170);
- der konsequenten Weiterverfolgung des Gedankens, dass sich der Stifter ein umfassendes Änderungsrecht vorbehalten kann und in diesem Umfang nicht gehindert ist, einmal vorgenommene Änderungen wieder rückgängig zu machen, sodass er konsequenterweise auch die Ausübung des Widerrufsrechts wieder rückgängig machen können müsste (Csoklich GesRZ 2010, 233L Pkt 2.2.; Kalss Rz 7/82 nach FN 358; Schimka ÖJZ 2010, 513L); und
- dem Fall des Widerrufs einer Privatstiftung durch den Gläubiger des Stifters, der das Widerrufsrecht gepfändet hat (3 Ob 177/10s, PSR 2011/47, 183 [Rassi 188 und Zollner 189]; RIS-Justiz RS0120752), nach erklärtem Widerruf aber die Exekution einstellt (Csoklich GesRZ 2010, 233R Pkt 2.4.; Schimka ÖJZ 2010, 512; Schimka/Zollner PSR 2010, 170 letzter Absatz), abgeleitet.

3.: Als **materielle Voraussetzung** für die Reaktivierung einer aufgelösten Stiftung fordert die zitierte Literatur einhellig, dass der ursprüngliche **Auflösungsgrund weggefallen** ist (N. Arnold PSR 2010, 85 vor FN 1; Csoklich GesRZ 2010, 233R Pkt 3.1.; Kalss/Zollner PSR 137 FN 3; Schimka ÖJZ 2010, 512R; Schimka/Zollner PSR 2010, 170 FN 25). Für die Beurteilung der Zulässigkeit der Fortsetzung der bereits aufgelösten Privatstiftung wird ferner noch nach dem Auflösungsgrund differenziert (Kalss/Zollner PSR 2011, 137 nach FN 3).

3.1.: Erfolgt zB die Auflösung, weil der **Stiftungszweck** erreicht ist oder nicht mehr erreicht werden kann, weil es etwa am ausreichenden Vermögen mangelt, setzt die Fortsetzung entweder die Änderung des Stiftungszwecks oder die Zufuhr entsprechenden Vermögens zB im Wege einer Nachstiftung voraus. Nur in diesem Fall wäre daher der Auflösungsgrund nachträglich weggefallen und die Fortsetzung der

Privatstiftung zulässig (Csoklich GesRZ 2010, 233R Pkt 3.1. erster Absatz; Jud/Zierler NZ 2007, 51; Kalss Rz 7/82 FN 352).

3.2.: Erfolgt die Auflösung durch **Widerruf des Gläubigers** (nach Pfändung des Widerrufsrechts des Stifters im Exekutionsverfahren nach den §§ 331 f EO), setzt die Fortsetzung die Einstellung der Exekution voraus (Csoklich GesRZ 2010, 233R Pkt 3.1.). Vor einem Auflösungsbeschluss ist die Fortsetzung durch den Stiftungsvorstand formlos durch Rücknahme des Widerrufs (des Gläubigers) möglich (Csoklich GesRZ 2010, 233R Pkt 3.2. erster Absatz). Wurde schon ein Aufhebungsbeschluss gefasst oder die Privatstiftung gemäß § 35 Abs 3 PSG durch Gerichtsbeschluss aufgelöst, ist die Fortsetzung nur möglich, wenn **Dritte zB Letztbegünstigte**, noch keine (klagbaren) Ansprüche erworben haben (Schimka/Zollner PSR 2010, 171 FN 43); dies wird aber vor Beendigung der Liquidation und Ablauf des Sperrjahrs nach § 26 Abs 2 PSG noch nicht der Fall sein (Schimka/Zollner PSR 2010, 171 FN 40 f; N. Arnold PSG² [2007] § 6 Rz 14; Csoklich GesRZ 2010, 233R Pkt 3.2. zweiter Absatz). In diesem Fall muss der Stiftungsvorstand einen *contrarius actus* zum Auflösungsbeschluss, also einen Fortsetzungsbeschluss fassen (Csoklich GesRZ 2010, 233R Pkt 3.2. letzter Absatz; Kalss Rz 7/82 S 1342; Schimka/Zollner PSR 2010/172 erster Absatz).

3.3.: Erfolgt die Auflösung infolge (sonstigen) **Widerrufs**, setzt die Fortsetzung die Rücknahme des Widerrufs durch den Stifter voraus (N. Arnold PSR 2010, 85 nach FN 2; Csoklich GesRZ 2010, 233R Pkt 3.1. erster Absatz; Csoklich Zugriff auf Vermögen der Privatstiftung durch Gläubiger der Stifter und Begünstigten, ÖBA 2008, 416 [428 FN 128]; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer Österreichisches Gesellschaftsrecht [2008] Rz 7/82). Manche Autoren lassen diesen Widerruf durch den Stifter nur bis zum Beginn der Verteilung des Stiftungsvermögens zu (Csoklich ÖBA 2008, 428 FN 128; Kalss Rz 7/82 S 1342). Andere halten die Fortsetzung selbst nach Beginn der Verteilung des Gesellschaftsvermögens für zulässig, weil im Privatstiftungsrecht

anders als im allgemeinen Verbandsrecht der Kapitalgesellschaften auch eine Auskehr des Vermögens an den Begünstigten möglich ist (*Csoklich* GesRZ 2010, 233R Pkt 4.; *Schimka* ÖJZ 2010, 513R zweiter Absatz; *Schimka/Zollner* PSR 2010, 171 insb FN 37). Eine gewisse Differenzierung ist auch danach erkennbar, ob bereits ein Auflösungsbeschluss gefasst wurde oder die Privatstiftung gemäß § 35 Abs 3 PSG durch Gerichtsbeschluss aufgelöst wurde oder nicht: Im ersten Fall wird der Widerruf durch den Stifter jedenfalls zurückgenommen werden können (*Csoklich* GesRZ 2010 233R Pkt 3.1. erster Absatz und 3.2. erster Absatz), weil der Stifter im Rahmen seines Änderungsvorbehalts Änderungen später wieder rückgängig machen könnte (*Csoklich* GesRZ 2010, 233L Pkt 2.2.). Nach Fassung des Auflösungsbeschlusses (Auflösung durch Gerichtsbeschluss) wird aber in der Regel geprüft, ob die Zustimmung der Letztbegünstigten vorliegt, sofern diese – nach Beendigung der Liquidation, Ablauf des Sperrjahres (§ 26 Abs 2 PSG) – klagbare Ansprüche erworben haben (*N. Arnold* PSG² [2007] § 6 Rz 14; *Csoklich* GesRZ 2010, 233R Pkt 3.2. zweiter Absatz). Wenn solche Rechte nicht beeinträchtigt werden können oder die Zustimmung aller Letztbegünstigten vorliegt, wird dem Stiftungsvorstand die Möglichkeit zugebilligt, einen Widerruf und einen Auflösungsbeschluss durch contrarius actus, also einen Fortsetzungsbeschluss des Stiftungsvorstands zurückzunehmen (*Csoklich* GesRZ 2010, 233R Pkt 3.2. letzter Absatz). Zur Fortsetzung ist der Stiftungsvorstand immer dann verpflichtet, wenn der Auflösungsgrund weggefallen ist, weil er dazu im Rahmen seiner Pflicht zur Umsetzung des Stiftungszwecks und des Stifterwillens wohl verpflichtet ist (*Csoklich* GesRZ 2010, 233R Pkt 3.2. letzter Absatz; *Schimka* ÖJZ 2010, 513R; sinngemäß *Kalss/Zollner* PSR 2011, 137 FN 4; *Schimka/Zollner* PSR 2010, 172).

3.4.: Als weitere materielle Auflösungsgründe, die wegfallen könnten, werden in der Literatur befürwortet: Eine gerichtliche Entscheidung, die die Auflösungserklärung des Stifters wegen Irrtums beseitigt (*N. Arnold* PSR 2010, 85); oder wenn sich der Widerruf wegen

Geschäftsunfähigkeit des Stifters nachträglich als unwirksam herausstellt (*N. Arnold* PSR 2010, 85; *Schimka/Zollner* PSR 2010, 170 FN 29).

4.: Als **formelle** Voraussetzung werden – sofern überhaupt die Fortsetzung durch Rücknahme eines erklärten Widerrufs für zulässig empfunden wird – vor Fassung eines Aufhebungsbeschlusses die formlose Rücknahme des Widerrufs (*Csoklich* GesRZ 2010, 233R Pkt 3.1. erster Absatz und 3.2. erster Absatz) nach Fassung des Auflösungsbeschlusses oder Auflösung durch Gerichtsbeschluss, das Fehlen von Letztbegünstigten oder die Zustimmung dieser Letztbegünstigten und die Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses verlangt (*Csoklich*, GesRZ 2010, 233R Pkt 3.2. letzter Absatz; *Kalss* Rz 7/82 S 1342). Manche Autoren lassen diesen Widerruf durch den Stifter nur bis zum Beginn der Verteilung des Stiftungsvermögens zu (*Csoklich* ÖBA 2008, 428 FN 128; *Kalss* Rz 7/82 S 1342); andere halten die Fortsetzung selbst nach Beginn der Verteilung des Gesellschaftsvermögens für zulässig, weil im Privatstiftungsrecht anders als im allgemeinen Verbandsrecht der Kapitalgesellschaften auch eine Auskehr des Vermögens an den Begünstigten möglich ist (*Csoklich* GesRZ 2010, 233R Pkt 4.; *Schimka* ÖJZ 2010, 513R zweiter Absatz; *Schimka/Zollner* PSR 2010, 171 insb FN 37).

5.: Im vorliegenden Fall liegen alle in der Literatur verlangten materiellen und formellen Voraussetzungen für den Widerruf der Auflösung und damit für die Fortsetzung der Privatstiftung vor:

5.1.: Wie das Erstgericht bereits zutreffend erwähnt hat (S 2 ON 2 = AS 4), hat der Stifter JE*** mit Notariatsakt vom 29.9.2011 seinen notariellen **Widerruf** der Privatstiftung vom 9.2.2009 vollinhaltlich **zurückgenommen**. Der materielle Reaktivierungsgrund für die aufgelöste Privatstiftung, nämlich der Wegfall des ursprünglichen Auflösungsgrunds (oben 3.3.), liegt somit, wie das Erstgericht auch zutreffend erkannt hat (zB S 9 f ON 2 = AS 11 f), vor.

5.2.: Auf die Frage, ob der Widerruf der Privatstiftung vom Stifter nach Beginn der Verteilung des Stiftungsvermögens noch möglich ist (*Csoklich* GesRZ 2010,

233R Pkt 4.; *Schimka* ÖJZ 2010, 513R zweiter Absatz; *Schimka/Zollner* PSR 2010, 171 insb FN 37) oder nicht (*Csoklich* ÖBA 2008, 428 FN 128; *Kalss* Rz 7/82 S 1342), muss hier schon deshalb nicht eingegangen werden, weil es nach dem von der Stiftung bescheinigten Sachverhalt bisher in Abstimmung mit dem Stifter JE*** **noch nicht zum Beginn der Verteilung** des Stiftungsvermögens gekommen ist (S 2 ON 2 = AS 4).

5.3.: Es fehlt aber auch nicht an dem von der Literatur für den Zeitraum nach Fassung des Auflösungsbeschlusses verlangten contrarius actus durch den Stiftungsvorstand, nämlich dem **Fortsetzungsbeschluss** (*Csoklich* GesRZ 2010, 233R Pkt 3.2. zweiter Absatz; *Kalss* Rz 7/82 S 1342). Der Vorstand der Privatstiftung hat mit Beschluss vom 9./17.11.2011 die Aufhebung des Auflösungsbeschlusses und die Fortsetzung der Privatstiftung beschlossen.

5.4.: Schließlich kann im vorliegenden Falle ausgeschlossen werden, dass allfälligen Dritten, insbesondere Letztbegünstigten, Ansprüche auf Verteilung des Stiftungsvermögens zustehen oder diese anspruchsberechtigten Dritten der Fortsetzung nicht zugestimmt hätten: Die Liquidation des Stiftungsvermögens ist unstrittig noch nicht beendet, das Sperrjahr (§ 26 Abs 2 PSG) noch nicht abgelaufen, sodass dem Letztbegünstigten – hier JE*** – noch keine klagbaren Ansprüche entstanden sind (*N. Arnold* PSG² [2007] § 6 Rz 14; *Csoklich* GesRZ 2010, 233R Pkt 3.2. zweiter Absatz). Darüber hinaus hat der Letztbegünstigte JE*** durch die notariell beurkundete Rücknahme seines Widerrufs ausreichend schlüssig dokumentiert, dass er der Fortsetzung der Privatstiftung zustimmt (S 2 ON 2 = AS 4).

6.: Bei dieser Sachlage hält der Rekursenat dafür, dass die Fortsetzung der B*** hier grundsätzlich in Betracht kommt. Das vom Erstgericht vorsichtshalber ins Treffen geführte Fortsetzungshindernis liegt daher nicht vor. Das Erstgericht kann daher über die Anträge der Privatstiftung unter Abstandnahme vom bisher gebrauchten Abweisungsgrund entscheiden. Dazu war die bekämpfte Entscheidung aufzuheben

und die Firmenbuchsache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung zurückzuverweisen (siehe zur Vorstandsvergütung jüngst: *Limberg* Zur Vorstandsvergütung PSR 2011/43, 166).

7.: Eine **Kostenentscheidung** konnte entfallen, weil ein Kostenersatzantrag im Rekursverfahren (zutreffenderweise) nicht gestellt wurde.

8.: Wie das Erstgericht zutreffend erwähnt hat, fehlt es noch an einer richtungweisenden Entscheidung des OGH zur Frage der Fortsetzungsmöglichkeiten einer Privatstiftung, wenn – wie hier – der Stifter selbst nach Fassung des Auflösungsbeschlusses, aber vor Verteilung des Privatstiftungsvermögens mit Zustimmung des Letztbegünstigten den Widerruf zurückgenommen und der Stiftungsvorstand die Fortsetzung der Privatstiftung beschlossen hat (§ 62 Abs 1 AußStrG). Der **weitere Rechtszug** erweist sich daher als zulässig, worüber ein eigener Ausspruch in den Tenor der Rekursentscheidung aufzunehmen war (§§ 15 FBG, 59 Abs 1 Z 2 AußStrG).