

Rückwirkende Bestellung des Stiftungsprüfers

1. Wird die Anregung auf Bestellung eines **Stiftungsprüfers zu spät, also nach Ende des zu prüfenden Geschäftsjahres, gestellt, kann die Bestellung für dieses abgelaufene Jahr (nur) mit Wirkung ex nunc erfolgen. Dies bedeutet, dass dem Stiftungsprüfer die Durchführung der unerledigten - und einer Erledigung noch zugänglichen - in die Kompetenz des Stiftungsprüfers fallenden Aufgaben hinsichtlich des abgelaufenen Geschäftsjahres aufgetragen wird.** **§ 20 Abs 1 PSG,**
OLG Wien 14.3.2012, 28 R 40/12a
2. Es ist sachgerecht, mit der Bestellung den Aufgabenbereich des Stiftungsprüfers auf die zu prüfenden Geschäftsjahre zu beziehen.

Spruch:

Dem Rekurs wird Folge gegeben und der angefochtene Beschluss in seinem abweisenden Teil dahin abgeändert, dass die T Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung GmbH, *** zum Stiftungsprüfer der D-Privatstiftung (FN ****) auch für das Geschäftsjahr 2010 bestellt wird.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist zulässig.

Begründung:

Die D-Privatstiftung (*idF*: Stiftung) ist seit 19.12.1997 zu FN **** im Firmenbuch eingetragen. Vorstandsmitglieder sind Emmanuel P, Prof. Dr. Thomas K (Vorsitzender) und Dr. Rudolf G (Stellvertreter des Vorsitzenden). Jedes Vorstandsmitglied vertritt gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied.

Gemäß § 3 Abs 1 der Stiftungsurkunde entspricht das Geschäftsjahr – abgesehen vom Rumpfbuchjahr 1997 – dem Kalenderjahr. Stichtag für den Jahresabschluss ist der 31. Dezember. Gemäß § 7 wurde als erster Stiftungsprüfer von den Stiftern die D GmbH, Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft vorgeschlagen. Die Bestellung des Stiftungsprüfers erfolgte durch das zuständige Firmenbuchgericht. In der Folge wird der Stiftungsprüfer über Vorschlag des Erststifters und nach dessen Ableben über Vorschlag des Stiftungsbeirates gerichtlich bestellt (Abs 1). Der jeweilige Stiftungsprüfer

wird jeweils für drei Geschäftsjahre bestellt (Abs 2). Der Stiftungsprüfer hat den Jahresabschluss einschließlich der Buchführung und des Lageberichts innerhalb von drei Monaten ab Vorlage entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen zu prüfen (Abs 5). Über Antrag der Stiftungsvorstände vom 31.10.2008 war zuletzt mit Beschluss des Erstgerichtes vom 4.11.2008 die A Wirtschaftsprüfer GmbH zum Stiftungsprüfer für die Geschäftsjahre 2007 bis 2009 bestellt worden.

Am 13.12.2011 beantragte die Stiftung, vertreten durch sämtliche Vorstandsmitglieder, auf Vorschlag des Erststifters Gerhard St, die T Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung GmbH (*idF*: T) zum Stiftungsprüfer für die Jahre 2010 bis 2012 zu bestellen. Der vorgeschlagene Prüfer habe sich für den Fall der Bestellung zur Annahme bereit erklärt.

Am 14.12.2011 wies das Erstgericht die Stiftung darauf hin, dass eine rückwirkende Prüferbestellung nicht vorgenommen werden könne. Es werde ersucht, den Antrag binnen vier Wochen zu modifizieren, wobei die in der Stiftungsurkunde festgelegte Mandatsdauer beachtet werden möge (ON 4). Aus Anlass einer Intervention der Stiftung beim Vizepräsidenten des Erstgerichtes wies dieses am 3.1.2012 (ON 8) darauf hin, dass die mit Entscheidung vom 14.12.2011 (zugestellt am 19.12.2011) gesetzte Verbesserungsfrist offen und deren Verstreichen vor Beschlussfassung

abzuwarten sein werde, sollte nicht vor Fristablauf von der Stiftung erklärt werden, dass eine Verbesserung nicht vorgenommen werden würde.

Mit dem angefochtenen **Beschluss** vom 3.2.2012 bestellte das Erstgericht die T zum Stiftungsprüfer für die Geschäftsjahre 2011 und 2012. Den darüber hinausgehenden Antrag, diese auch für das Geschäftsjahr 2010 zum Stiftungsprüfer zu bestellen, wies das Erstgericht ab.

Gemäß § 3 der Stiftungsurkunde entspreche das Geschäftsjahr dem Kalenderjahr. Gemäß § 7 sei der Stiftungsprüfer für jeweils drei Jahre durch das zuständige Gericht zu bestellen. Die rückwirkende Bestellung von Organmitgliedern sei dem Gesellschaftsrecht grundsätzlich fremd. Zur Frage der rückwirkenden Bestellung des Stiftungsprüfers bestehe keine Rechtsprechung. In der Literatur werde diese Frage, soweit ersichtlich, nicht behandelt. Der Aufgabenbereich des Stiftungsprüfers beschränke sich nicht nur auf die Prüfung des Jahresabschlusses, sondern umfasse auch die Durchsetzung der Erfüllung des Stiftungszwecks und der ordnungsgemäßen Gebarung (*Arnold*, PSG² Rn 1 zu § 20). Durch die jüngste Rechtsprechung seien die an die Organe der Privatstiftung zu stellenden Anforderungen wesentlich erhöht worden. Es könne daher die bislang geübte Firmenbuchpraxis, Stiftungsprüfer auch rückwirkend zu bestellen, nicht aufrecht erhalten werden. Da die Antragsstellung noch im Geschäftsjahr 2011 erfolgt sei,

sei für dieses Geschäftsjahr die Prüferbestellung vorzunehmen gewesen (vgl § 270 Abs 4 UGB).

Gegen die Abweisung des Antrags auf Bestellung der T zum Stiftungsprüfer für das Geschäftsjahr 2010 wendet sich der **Rekurs** der Stiftung mit dem Antrag, ihn dahin abzuändern, dass die T zum Stiftungsprüfer auch für das Geschäftsjahr 2010 bestellt werde.

Die Begründung des Erstgerichtes könne nicht überzeugen. § 20 Abs 1 PSG sehe vor, dass der Stiftungsprüfer vom Gericht zu bestellen sei, wenn – wie hier – kein Aufsichtsrat bestellt sei. Eine Einschränkung dieser Bestellungsspflicht auf noch nicht abgelaufene Geschäftsjahre sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Folge man der Ansicht des Erstgerichtes, läge eine planwidrige Lücke des PSG vor. Es hätte dann niemand die Kompetenz, einen Stiftungsprüfer für ein abgelaufenes Geschäftsjahr zu bestellen. Damit wäre die Folge verbunden, dass ein Geschäftsjahr einer Privatstiftung ungeprüft bliebe. Diese Rechtsfolge könne dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, weil wohl kein Geschäftsjahr einer Stiftung ungeprüft bleiben solle, zumal es bei einer Privatstiftung mangels Eigentümerstellung an anderen Kontrollmechanismen fehle. Richtig sei, dass die Aufgaben des Stiftungsprüfers nicht nur die Prüfung der Jahresabschlüsse, sondern auch die Einhaltung der gesetzlichen und stiftungsrechtlichen Vorgaben durch den Stiftungsvorstand umfasse. Diese Überprüfung könne aber auch im Nachhinein durch den Stiftungsprüfer vorgenommen werden. In § 270 Abs 4 UGB werde dem Firmenbuchgericht gerade bei versäumter Bestellung des Abschlussprüfers durch die dazu vorgesehenen Organe eine Pflicht zur Abschlussprüferbestellung nach Ablauf des Geschäftsjahres zugewiesen. Demnach könne eine allfällige Lücke im PSG am Maßstab des § 270 Abs 4 UGB geschlossen werde. Auch dem Abschlussprüfer oblägen nach § 269 UGB mehr Aufgaben als nur die reine Jahresabschlussprüfung. Demnach könne die Funktion des Abschlussprüfers nach UGB mit der des Stiftungsprüfers nach PSG verglichen werden, auch wenn dem Abschlussprüfer im UGB kein Organstatus zugewiesen sei.

Der Rekurs ist berechtigt.

(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 nicht eingerichteten – Aufsichtsrat zu bestellen. 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. Zum Aufgabenbereich des Stiftungsprüfers zählt ebenso wie beim Abschlussprüfer einer Gesellschaft insbesondere die Prüfung des Jahresabschlusses einschließlich der Buchführung und des Lageberichtes (§ 21 Abs 1 erster Satz PSG). Aufgrund seiner Organstellung sind dem Stiftungsprüfer aber wesentlich weitergehende Befugnisse eingeräumt als dem Abschlussprüfer einer Kapitalgesellschaft, dem eine solche Stellung nicht zukommt. Insbesondere stehen dem Stiftungsprüfer diverse Instrumentarien zur Verfügung, mit denen er die Erfüllung des Stiftungszwecks und die ordnungsgemäße Gebarung der Privatstiftung durchsetzen und Missstände abstellen kann. Einerseits verweist § 21 Abs 1 zweiter Satz PSG auf § 272 UGB, der die Vorlagepflicht und das Auskunftsrecht regelt, andererseits ist der Stiftungsprüfer als Stiftungsorgan befugt, eine Sonderprüfung nach § 31 PSG oder eine 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; vgl auch Gelter in Doralt/Kalss Aktuelle

Fragen des Privatstiftungsrechts [2001] 256). Aus der Organstellung ist gleichzeitig ableitbar, dass der Stiftungsprüfer nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Setzung von Maßnahmen hat (vgl Arnold PSG² § 20 Rz 1 mwN). Dem Stiftungsprüfer sind auf Grund seiner Organstellung damit weitergehende Befugnisse, aber auch Pflichten eingeräumt als einem Abschlussprüfer einer Kapitalgesellschaft (vgl auch Fachgutachten *Zu ausgewählten Fragen bei der Prüfung von Privatstiftungen*, KFS/PE 21; dazu Hofians in Eiselsberg [Hrg] Stiftungsrecht JB 2011, 240, und Leitgeb/Pohl ebd 215 ff).

(2) Da auch die gerichtliche Bestellung einer Annahme durch den Stiftungsprüfer bedarf, beginnt dessen Organstellung erst mit dieser (Gelter in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts [2001] 271); wurde sie vorab erteilt (vgl dazu Arnold PSG² § 20 Rz 22) beginnt die Organstellung mit Wirksamkeit der gerichtlichen Bestellung.

Es ist sachgerecht, mit der Bestellung den Aufgabenbereich des Stiftungsprüfers auf die zu prüfenden Geschäftsjahre zu beziehen. 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 diese vom Stiftungsprüfer zu prüfenden Geschäftsjahre und sind im Zusammenhang mit dieser Kontrolltätigkeit auszuüben. Es besteht kein Hindernis, dass ein Mitglied eines Stiftungsorgans mit sofortiger Wirkung bestellt wird und dieses nunmehr rechtmäßig bestellte und eingesetzte Organ Pflichten für die vergangenen Perioden bzw generell für die abgelaufene Zeit vornimmt, soweit Einzelmaßnahmen auch nachträglich vorgenommen werden können. Dazu gehört etwa die Prüfung des Jahresabschlusses der Privatstiftung durch den Stiftungsprüfer. Ob ein Stiftungsprüfer für ein bestimmtes Geschäftsjahr bestellt oder ihm der Auftrag erteilt wird, den Jahresabschluss für ein bestimmtes Geschäftsjahr zu prüfen und sämtliche damit verbundenen

Kontrollrechte auszuüben, läuft damit auf dasselbe hinaus.

(3) Hingegen wäre eine rückwirkende Bestellung des Stiftungsprüfers - mit Beginn der Organstellung zu einem zurückliegenden Zeitpunkt - nicht zulässig, weil mit dieser Organfunktion auch die aufgezeigten Rechte und Pflichten verbunden sind, die nicht rückwirkend ausgeübt werden können: Die ab der Bestellung laufenden aktuellen Pflichten können nicht nachgeholt, sondern nur aktuell im Zeitablauf erbracht werden, was insbesondere für die laufende Kontrollpflicht gilt. Stiftungsorgane sind nicht bloß zu einzelnen punktuellen und jederzeit nachholbaren Pflichten berufen, sondern dauerhaft mit einem Rechte- und Pflichtenbündel ausgestattet. Die Tätigkeit des Stiftungsprüfers ist auch nicht auf den Zeitraum der Prüfung beschränkt, seine Organstellung besteht bis zur Beendigung permanent (vgl. *Kalss Resümee-Protokoll des Workshops „Aktuelle Fragen zum PSG nach der Novelle 2010“*, GesRZ 2011, 161 [164]); *Arnold* PSG² § 21 Rz 5).

Eine solch rückwirkende Bestellung der T zur Stiftungsprüferin (etwa „mit 1.1.2010“) war von der Stiftung aber ohnehin nicht beantragt worden. Der Vorschlag, die T zum Stiftungsprüfer „für die Jahre 2010-2012“ zu bestellen, war so zu deuten, das die Bestellung (nur) mit Wirkung ex nunc erfolgen möge. Eine Bestellung der T zum Stiftungsprüfer (auch) „für 2010“ bedeutet nichts anderes, als dass ihr die Durchführung der unerledigten - und einer Erledigung noch zugänglich - in die Kompetenz des Stiftungsprüfers fallenden Aufgaben hinsichtlich des Geschäftsjahres 2010 aufgetragen wird.

Dem Rekurs war daher im Ergebnis Folge zu geben und der angefochtene Beschluss entsprechend abzuändern.

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 Bestellung des Stiftungsprüfers auch für bereits zurückliegende Jahre erfolgen kann.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

Abt. 28, am 14. März 2012