

Über die Kosten eines Verfahrens über einen (abgewiesenen) Antrag auf Sonderprüfung

1. Sind Stiftungsvorstandsmitglieder wegen grober Pflichtverletzungen erst nach Antragstellung auf Anordnung einer Sonderprüfung abberufen worden, war der Antrag nicht unbegründet und der Antragsteller ist nicht zum Kostenersatz verpflichtet. **PSG: § 31 Abs 3**
OLG Wien 4.9.2009,
28 R 17/09i
2. Parteien des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderprüfung sind der Antragsteller und die Privatstiftung. Kostenersatz an andere Personen kann nicht angeordnet werden.

Begründung:

Dem Rekurs wird Folge gegeben und die angefochtene Kostenentscheidung dahin abgeändert, dass sie lautet:

„Die Parteien haben die Verfahrenskosten jeweils selbst zu tragen.“

Die Rekursgegner E G und H H sind schuldig, dem Rekurswerber binnen 14 Tagen die mit EUR 272,87 (darin EUR 45,48 USt) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens zu ersetzen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

Begründung:

Im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien ist seit 11.5.2006 zu FN *** die C Privatstiftung (im Folgenden: Stiftung) eingetragen. Stifterin ist Ch M, die der Stiftung ein Vermögen von EUR 72.000,- gewidmet hat. Der Sitz der Privatstiftung ist in Wien, sie wurde auf unbestimmte Zeit errichtet.

In der Stiftungsurkunde wurden in Pkt. IV. 9. zum ersten Vorstand der Stiftung E G, geboren 11.7.1955, G H, geboren 11.10.1938, und H H, geboren 10.3.1942, bestellt.

Bezüglich der Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder sieht die Stiftungsurkunde die nachstehenden Regelungen vor:

III. Organe

Die Bestellung und Abberufung der Organe der Stiftung erfolgt durch das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen. Das Gericht hat die Nominierungen bzw. Vorschläge gemäß dem Pkt. IV. Abs 2 der

Stiftungsurkunde nach Möglichkeit und Tunlichkeit zu berücksichtigen.

IV.

Vorstand der Privatstiftung

1. Zur Verwaltung und Vertretung der Stiftung nach außen ist ausschließlich der Stiftungsvorstand berufen, welcher aus drei Mitgliedern besteht.

2. Die Mitglieder des ersten Stiftungsvorstandes werden durch die Stifterin bestellt. Die Bestellung von weiteren Mitgliedern des Stiftungsvorstandes erfolgt durch den Vorstand der Stiftung selbst, sofern diesem noch wenigstens zwei Mitglieder angehören, sonst durch das Gericht nach Anhörung des verbliebenen Vorstandsmitgliedes.

3. Dem Stiftungsvorstand dürfen die Stifterin, Begünstigte sowie Ehegatten und Personen, die mit einem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, juristische Personen oder Personen im Sinne des § 15 Abs 3 PSG nicht angehören.

4. Stiftungsvorstandsmitglieder werden, sofern bei der Bestellung nicht ein bestimmter Endtermin festgelegt wird, auf unbestimmte Zeit ernannt. Eine Wiederbestellung ist zulässig.

5. Jedes Mitglied des Stiftungsvorstandes kann seine Organstellung unter Einhaltung einer einmonatigen Frist – im Falle des Vorliegens eines wichtigen Grundes jedoch auch fristlos – zurücklegen. Scheiden Stiftungsvorstandsmitglieder aus, so bedarf es einer Ersatzbestellung nur, wenn die Zahl der Stiftungsvorstandsmitglieder durch das Ausscheiden eines Mitgliedes unter drei gesunken ist.

6. Zwei Stiftungsvorstandsmitglieder müssen ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben.

7. Der Stiftungsvorstand wählt aus dem Kreise seiner Mitglieder einen Vorsitzenden und einen Stellvertreter des Vorsitzenden des Stiftungsvorstandes. Ein Vorstandsmitglied muss aktiv oder emeritiert dem Berufstand der Notare, Rechtsanwälte oder Wirtschaftstreuhänder angehören.

8. Die Stiftungsvorstandsmitglieder sind bei der Auswahl der Nachfolger, die dem ersten von der Stifterin bestellten Stiftungsvorstand nachfolgen, insofern eingeschränkt, als Pkt IV. Abs 7 der Stiftungsurkunde zu beachten ist. An diese Regel ist auch das Gericht, welches Stiftungsvorstände bestellt, gebunden, sofern keine wichtigen Gründe für eine anderwärtige Bestellung sprechen.

I

V.

Vertretung der Stiftung

Die Stiftung wird durch zwei Stiftungsvorstandsmitglieder gemeinsam vertreten.

....

VIII.

Verhandlungen und Beschlüsse des Stiftungsvorstandes

1. Verhandlungen und Beschlüsse des Stiftungsvorstandes erfolgen in Sitzungen, zu denen der Vorsitzende des Stiftungsvorstandes, sein Stellvertreter oder zwei Drittel der Mitglieder die Stiftungsvorstandsmitglieder unter der zuletzt bekannt gegeben Anschrift einzuberufen sind (gemeint offenbar: „einzuberufen haben“; Anmerkung des Rekursgerichtes). Wird einem von einem Vorstandsmitglied geäußerten Verlangen auf Einberufung

einer Sitzung nicht entsprochen, so kann der Antragsteller unter Mitteilung der Tagesordnung die Sitzung einberufen.

2. Der Stiftungsvorstand ist beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder anwesend ist. Vertretung im Stiftungsvorstand ist nicht zulässig. Der Vorsitzende oder sein Stellvertreter leiten die Sitzungen und bestimmen die Art der Abstimmung.

3. Die Beschlüsse des Stiftungsvorstandes werden, insoweit die Stiftungsurkunde oder das Gesetz nichts anderes vorsehen, mit einfacher Mehrheit der Stimmen aller Mitglieder gefasst.“

Am 2.7.2008 beantragten E G und H H zu AZ 73 Fr *** die Löschung des G H als Vorstand der Stiftung und seiner Funktion als Vorstandsvorsitzender. G H habe sich einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht, weil er mit E-Mail vom 4.6.2008 vertrauliche Informationen über die in der Stiftungszusatzurkunde enthaltene Begünstigtenregelung einem breiten Personenkreis preisgegeben habe, obwohl er zur Verschwiegenheit verpflichtet gewesen wäre. Außerdem habe er den anderen Stiftungsvorständen trotz mehrfacher Ersuchen um Aufklärung/Offenlegung wesentliche Informationen, insbesondere zu Provisionszahlungen, vorenthalten. Darüber hinaus sei G H alleiniger Geschäftsführer der C GmbH (FN ****), an der die Stiftung zu 99% beteiligt sei. Die gleichzeitige Tätigkeit als Stiftungsvorstand führe zu Interessenkonflikten und lege die Vermutung nahe, dass der Tatbestand eines Insichgeschäftes und/oder einer Doppelvertretung verwirklicht werde.

Gemäß Beschluss des Stiftungsvorstandes vom 26.6.2008 sei für den Fall der Abberufung des G H als Stiftungsvorstand Herr G Sch als neuer Stiftungsvorstandsvorsitzender bestellt worden, dessen Eintragung beantragt werde.

G H sprach sich mit Eingabe vom 25.7.2008 gegen diesen Antrag aus und wendete ein, im Außenverhältnis könnten Vertretungshandlungen zwar durch zwei Mitglieder des Stiftungsvorstandes rechtswirksam vorgenommen werden, im Innenverhältnis bedürfe es dafür aber eines Beschlusses des Stiftungsvorstandes. Ein Vorstandsbeschluss sei nicht gefasst worden, sodass mangels Vertre-

tungsbefugnis nicht die Stiftung, sondern E G und H H antragstellende Parteien des Verfahrens seien. Im Übrigen bestritt er das Vorliegen von Pflichtverletzungen und wendete ein, er habe in seinem E-Mail vom 4.6.2008 nichts über Begünstigte oder die Regelungen der Begünstigtenstellung in der Stiftung preisgegeben, sondern nur erwähnt, dass die beiden weiteren Mitglieder des Stiftungsvorstandes E G und H H, letztbegünstigt seien. Das E-Mail sei auch nicht an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet gewesen, sondern nur an Personen, die im unmittelbaren Umfeld der Stiftung oder der Stifterin tätig seien. Auf den Vorwurf der Vorenthaltung von Informationen könne mangels Konkretisierung nicht eingegangen werden. Ferner sei G H seit 27.4.2007 allein vertretungsbefugter Geschäftsführer der C GmbH. Mit Nachstiftungsurkunde vom 2.5.2007 sei die Beteiligung an der C GmbH, die einer Stammeinlage von ATS 495.000,- entsprechen, der Stiftung gewidmet worden. Die Nachstiftungsurkunde sei für die Stiftung von den Vorstandsmitgliedern E G und H H unterzeichnet worden. Bedenken wegen einer Doppelvertretung oder des Tatbestands des Insichgeschäftes hätten daher bereits bei Errichtung der Nachstiftungserklärung geltend gemacht werden können. Hätten die Antragsteller zu einem späteren Zeitpunkt eine Pflichtenkollision angenommen, hätten sie pflichtgemäß durch Ausübung der Gesellschafterrechte G H als Geschäftsführer der C GmbH abuberufen gehabt. Dies sei nicht geschehen, sodass die nun geäußerten Bedenken nicht nachvollziehbar seien. Der Bestellungsbeschluss des neuen Mitglieds des Stiftungsvorstandes G Sch sei nicht wirksam gefasst worden.

Am 25.7.2008 beantragte G H zu AZ 73 Fr *** des Erstgerichtes die Abberufung der Stiftungsvorstände E G und H H. Diese seien in der Stiftungszusatzurkunde als Letztbegünstigte eingesetzt. Dies kollidiere mit ihrer Tätigkeit als Mitglieder des Stiftungsvorstandes, dem die Verfügungsrechte über das Stiftungsvermögen zustünden, was im Widerspruch zu ihrem Interesse an einer möglichst hohen Letztbegünstigung stehe. Ferner hätten die Stiftungsvorstände E G und H H eine Neuveranlagung von EUR 26.000,- bei der Bank Privat eigenmächtig veranlasst, obwohl die Geschäftsordnung des Stiftungsvorstandes bei derartigen Handlungen

Einmütigkeit voraussetze. Insgesamt finde seit Juni 2008 kein gemeinsames Zusammenwirken der Stiftungsvorstände mehr statt, bisher habe die Stiftung auch keine Zuwendungen ausgezahlt.

Am 13.8.2008 stellten schließlich G Sch und Dr. H M zu AZ 73 Fr **** des Erstgerichtes den Antrag, G H und E G als Stiftungsvorstände zu löschen und als neue Stiftungsvorstände G Sch, Dr. H M und W B einzutragen.

Mit Schriftsatz vom 30.10.2008 begehrte G H im vorliegenden Verfahren als Antragsteller wider „die Antragsgegner E G und H H“ (richtig: „wider die Antragsgegnerin CPrivatstiftung“; siehe N. Arnold, PSG-Kommentar², § 31 Rz 8) die Anordnung einer Sonderprüfung gemäß § 31 PSG. „Die Antragsgegner“ (richtig: „die Stiftungsvorstände E G und H H“) hätten durch ihr in den letzten Monaten praktiziertes Verhalten die Interessen der Stiftung geschädigt und der Stiftung wirtschaftliche Schäden zugefügt. Im Sommer 2007 seien von der Stifterin auf der Liegenschaft EZ *** GB ***, die mit Nachstiftungsurkunde vom 2.5.2007 der Stiftung gewidmet worden sei, Umbauarbeiten durchgeführt worden. Diese Umbauarbeiten im Ausmaß von circa EUR 600.000,- hätten zu einer Werterhöhung des Stiftungsvermögens geführt. Trotz mehrmaliger Ersuchen des Antragstellers, diese Werterhöhung mittels Nachstiftung zu erklären, hätten E G und H H die erforderlichen Schritte nicht gesetzt, obwohl der Antragsteller ausdrücklich auf die abgabenrechtliche Relevanz dieser Werterhöhung hingewiesen habe. Um finanzstrafrechtliche Konsequenzen hintanzuhalten, habe der Antragsteller letztlich am 9.10.2008 eine Selbstanzeige bei der Finanzbehörde eingebracht. Ferner habe E G im Jahr 2006 mit der BKS-Bank eine „Kick-Back“-Vereinbarung zu Lasten der Stiftung abgeschlossen, was die Stiftung schädige und eine grobe Verletzung der Bestimmungen der Stiftungserklärung darstelle. Außerdem würden E G und H H ihre Geschäftsführungs- und Vertretungspflichten gegenüber der Stiftung nicht mehr wahrnehmen. Eine Beschlussfassung über – von der Stifterin erwartete – Begünstigungen habe nicht erfolgen können, offenkundig auch deshalb, weil E G und H H im Hinblick auf ihre Letztbegünstigtenstellung kein Interesse an einer

derartigen Beschlussfassung hätten. Insgesamt führe die Weigerung von E G und H H, den dringenden Angelegenheiten der Stiftung nachzukommen, zu einer Schädigung der Stiftung durch Verfahrenskosten, Mahnspesen und Strafen.

Nach Einholung von Stellungnahmen in sämtlichen Verfahren sprach das Gericht schließlich mit Beschluss vom 28.11.2008 zu 73 Fr *** (verbunden mit 73 Fr ***) – 14 aus, dass sämtliche Vorstände der Privatstiftung mit sofortiger Wirkung abberufen werden und verfügte zu 73 Fr *** die Eintragung der neuen Stiftungsvorstände Dr. H M, W B und G Sch. Diese Beschlüsse erwachsen unangefochten in Rechtskraft.

Im vorliegenden Verfahren wies das Erstgericht mit Beschluss vom 16.12.2008 den Antrag des G H auf Einleitung einer Sonderprüfung gemäß § 31 PSG ab und verpflichtete ihn zum Kostenersatz in Höhe von EUR 1.860,- binnen 14 Tagen „an die Antragsgegner“ (offenbar gemeint: E G und H H). Zur Begründung führte es aus, dass durch die in der Zwischenzeit erfolgte Abberufung der Stiftungsvorstände kein rechtliches Interesse an einer Sonderprüfung mehr bestehe. Durch die Abberufung sei das Hauptziel der Bestimmung des § 31 PSG, nämlich die Wahrung des Stiftungszwecks, bereits sichergestellt worden. Falls im Rahmen der Sonderprüfung Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungserklärung festgestellt worden wären, hätte das Gericht gerade jene Maßnahme zu ergreifen gehabt, die bereits erfolgt sei, nämlich die Vorstandsmitglieder abzurufen. Die Kosten des Verfahrens seien dem Antragsteller aufzuerlegen, weil es keiner Sonderprüfung zur Sicherstellung des Stiftungszwecks bedürft habe. Es seien wichtige, dem Antragsteller auch bekannte Gründe im Sinne des § 27 PSG vorgelegen, die das Gericht zur Abberufung der Stiftungsvorstände veranlasst hätten.

Diesen Beschluss bekämpft der Antragsteller mit einem Kostenrekurs und beantragt die Abänderung dahin, dass ihm kein Kostenersatz „an die Antragsgegner“ auferlegt werde.

E G und H H beantragen, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist **berechtigt**.

Gemäß § 31 Abs 1 PSG kann jedes Stiftungsorgan und jedes seiner Mitglieder zur Wahrung des Stiftungszwecks bei Gericht die Anordnung einer Sonderprüfung beantragen. Das Gericht hat nach Abs 2 die Sonderprüfung anzuordnen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungserklärung vorgekommen sind. Damit stellt die Sonderprüfung ein Kontrollinstrument dar, das die strukturellen Kontrolldefizite der Privatstiftung, die sich aus dem Fehlen von Eigentümern und Gesellschaftern ergeben, ausgleichen soll (ErlRV zu § 31; E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 31 Rz 1; N. Arnold, PSG-Kommentar² § 31 Rz 1). Hauptziel einer Sonderprüfung und damit auch Normzweck des § 31 PSG ist es, die Wahrung des Stiftungszwecks zu gewährleisten (N. Arnold, aaO Rz 2). Antragslegitimiert sind alle Stiftungsorgane und jedes seiner Mitglieder, die bei Vorliegen der Voraussetzungen nicht nur berechtigt, sondern vielmehr auch verpflichtet sind, eine Sonderprüfung zu beantragen (N. Arnold, aaO Rz 6; E. Gruber, aaO Rz 3).

Parteien des Verfahrens sind der/die **Antragsteller** und die **Privatstiftung**. Anderen Stiftungsorganen, dem Organ, dessen Mitglied gegebenenfalls einen Antrag gestellt hat, dem Stifter, Begünstigten oder anderen Personen kommt hingegen keine Parteistellung zu (N. Arnold, aaO Rz 8).

Gelingt die Glaubhaftmachung, dass Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungserklärung vorgekommen sind, hat das Gericht die Sonderprüfung anzuordnen. Aufgrund der Ergebnisse der Sonderprüfung hat das Gericht dann festzustellen, ob die behaupteten Unredlichkeiten oder Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungserklärung tatsächlich stattgefunden haben und gegebenenfalls für die erforderlichen Maßnahmen zur Wahrung des Stiftungszwecks Sorge zu tragen. Neben der Erteilung von Aufträgen zur Beseitigung der Unregelmäßigkeiten bzw. Verstöße und ihrer Folgen ist dabei vor allem an die Abberufung der unredlichen Organmitglieder und die Nachbesetzung bzw. Veranlassung der Nachbesetzung zu denken (N. Arnold, aaO Rz 38; E. Gruber, aaO Rz 18).

Das Erstgericht hat daher zutreffend den Antrag auf Anordnung der Sonderprüfung mit der Begründung abgewiesen, dass deren mögliches Ergebnis durch die in der Zwischenzeit erfolgte Abberufung der Stiftungsvorstände bereits vorweggenommen wurde.

Zu den Verfahrenskosten bestimmt § 31 Abs 3 PSG, dass das Gericht auf Antrag, je nach den Ergebnissen der Sonderprüfung, zu entscheiden hat, ob die **Kosten vom Antragsteller oder von der Privatstiftung zu tragen oder verhältnismäßig aufzuteilen** sind. Erweist sich der Antrag nach dem Ergebnis der Sonderprüfung als unbegründet und trifft den Antragsteller Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, haftet er der Privatstiftung für den aus der Sonderprüfung entstandenen Schaden.

Für ein allfälliges Verschulden des Antragstellers ist auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen. Hatte er guten Grund zur Annahme von Pflichtverletzungen, haftet er für allfällige Schäden nicht (N. Arnold, aaO Rz 43).

Parteien des Verfahrens auf Anordnung einer Sonderprüfung sind, wie bereits dargelegt und wie sich aus der Kostentragungsregelung des § 31 Abs 3 PSG ergibt, der Antragsteller und die Privatstiftung, nicht aber die (weiteren) Vorstandsmitglieder ad personam. Diesen kommen nur indirekt - über den Umweg der Parteistellung der Privatstiftung - Parteirechte zu (N. Arnold, aaO Rz 8). Dessen ungeachtet trug das Erstgericht jedoch dem Antragsteller einen Kostenersatz an die beiden weiteren Mitglieder des Stiftungsvorstandes Ernst Graf und Helmut J. Hein persönlich auf.

Aber auch inhaltlich war der Kostenanspruch, wie der Rekurswerber zutreffend aufzeigt, verfehlt.

Mit der Abberufung der Stiftungsvorstände brachte das Erstgericht zum Ausdruck, dass es das Vorliegen grober Pflichtverletzungen als gegeben erachtete. Diese Entscheidung erfolgte erst nach der Antragstellung auf Anordnung einer Sonderprüfung, sodass von einem unbegründeten Antrag des Rekurswerbers nicht ausgegangen werden kann.

Dem Einwand der Rekursgegner, der Rekurswerber sei mit gültig gefasstem Beschluss des Stiftungsvorstandes abberufen worden, weshalb er zu einem Antrag nach § 31 PSG nicht legitimiert gewesen

sei, ist zu entgegnen, dass nach der Stiftungsurkunde die Abberufung von Stiftungsvorständen nur durch das Gericht erfolgen kann.

Die Frage der Rechtswirksamkeit der in den Vorstandsvorsitzungen vom 26.6.2008 und vom 7.8.2008 gefassten Beschlüsse kann dahingestellt bleiben, zumal am 26.6.2008 nur die Einbringung eines Antrags auf Abberufung des Stiftungsvorstandes G H beschlossen wurde und am 7.8.2008 der Beschluss gefasst wurde, G H als Vorsitzenden des Stiftungsvorstands abzurufen. Dessen Abberufung als Vorstandsmitglied erfolgte jedoch erst mit gerichtlichem Beschluss vom 28.11.2008, sodass bis zu diesem Zeitpunkt seine Antragslegitimation nach § 31 PSG gegeben war.

Auch die weitere Frage, ob § 31 Abs 3 zweiter Satz PSG als *lex specialis* gegenüber § 78 AußStrG anzusehen ist (befürwortend *N. Arnold*, aaO Rz 39a), braucht hier nicht beantwortet zu werden, weil der Rekurswerber mit seinem Antrag im Ergebnis (durch die gerichtlich erfolgte Abberufung der Vorstände E G und H H) zumindest soweit erfolgreich war, dass auch nach § 78 AußStrG kein Anlass bestünde, ihm die Kosten des vorliegenden Verfahrens aufzuerlegen.

In Stattgebung des Rekurses war die angefochtene Kostenentscheidung daher dahin abzuändern, dass im erstinstanzlichen Verfahren die Parteien ihre Verfahrenskosten jeweils selbst zu tragen haben.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens gründet sich auf § 78 Abs 1 AußStrG. Das Rekursverfahren hatte ausschließlich den in erster Instanz erfolgten Kostenzuspruch an E G und H H *ad personam*, nicht jedoch als vertretungsbefugte Organe der Privatstiftung, zum Gegenstand, sodass Parteien des Rekursverfahrens - neben dem Rekurswerber - die Genannten persönlich waren und daher auch sie, welche den angefochtenen Kostenzuspruch verteidigten, zum Kostenersatz an den Rekurswerber zu verpflichten waren.

Der Ausschluss des weiteren Rechtszuges ergibt sich aus § 62 Abs 2 Z 1 AußStrG.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 28, am 4. September 2009