

Kooptierungsrecht des Stiftungsvorstandes

1. Kommt dem Stiftungsvorstand ein Kooptierungsrecht zu, gilt dieses auch für Neu- bzw Wiederbestellungen bei Ablauf einer Funktionsperiode. PSG: §§ 15, 27 Abs 1
2. Dass ein Vorstandsmitglied erst nach seinem Ausscheiden wirksam wiederbestellt werden kann, ist im Gesetz nicht normiert und ergibt sich auch nicht aus zwingenden Bestimmungen des PSG. OGH 6.6.2013, 6 Ob 164/12d
3. Eine Kooptierung ist somit auch dann möglich, wenn in zeitlicher Nähe zum Funktionsende eines Vorstandsmitglieds über dessen Wiederbestellung zu beschließen ist. Bei solch einem Beschluss können auch andere ausscheidende Mitglieder mangels gegenteiliger Regelung in der Stiftungsurkunde vor dem Ablauf ihrer Funktionsperiode mitwirken.
4. Eine Wiederbestellung zu einem dem Ablauf der Funktionsperiode nicht nahen Zeitpunkt widerspricht dem Sinn und Zweck der Befristung des Vorstandsmandats und ist deshalb nicht zulässig.
5. Regelungen der Zuständigkeit zu Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstandes sind korporative Regelungen der Stiftungsurkunde.
6. Das in der Stiftungsurkunde dem Stifter eingeräumte Vorschlagsrecht bei der Bestellung des Stiftungsvorstandes hat bloß empfehlenden Charakter. Der Stifter hat keine Rechtsmacht, die Bestellung einer bestimmten Person zum Vorstandsmitglied zu bewirken.

Spruch

I. Dem Revisionsrekurs des M***** Z***** wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse des Erstgerichts und Punkt 1. Des angefochtenen Beschlusses werden dahin abgeändert, dass es zu lauten hat:

1. Die Wiederbestellung von M***** Z***** und von Dkfm. H***** E***** zu Mitgliedern des Stiftungsvorstandes der Privatstiftung gemäß dem Beschluss des Stiftungsvorstandes vom 14. 3. 2012 wird zur Kenntnis genommen.

2. Bei der Privatstiftung wird die Eintragung der Löschung der Eintragung „Vorstand C # M***** Z*****, geb. ***** Funktion gelöscht“ bewilligt.

Der Vollzug der bewilligten Eintragung obliegt dem Erstgericht.

3. G***** Z*****, Dkfm. H***** Z***** und N***** Z***** sind zur ungeteilten Hand schuldig, M***** Z***** die mit 1.710,88 EUR bestimmten Kosten des Revisionsrekurses binnen 14 Tagen zu ersetzen.

II. G***** Z*****, Dkfm. H***** Z*****, N***** Z***** und Dr. P***** B***** werden mit ihrem Revisionsrekurs auf diese Entscheidung verwiesen.

Begründung:

Dkfm. H***** Z***** (Erst- bzw Hauptstifter), E***** Z***** (Zweitstifterin), N***** Z***** und Dr. R***** P*****

errichteten mit Notariatsakt vom 25. 3. 1999 die im Firmenbuch des Erstgerichts eingetragene H***** Privatstiftung auf unbestimmte Zeit. Wesentlicher Zweck der Stiftung ist die standesgemäße Versorgung der Begünstigten. Die Stifter behielten sich das Recht auf Abänderung der Stiftungserklärung vor. Zu seinen Lebzeiten kommt dem Erststifter das alleinige Recht zu, Erklärungen und Rechtshandlungen zu tätigen. Die Zweitstifterin verzichtete mittlerweile auf sämtliche Stifterrechte. Organe der Privatstiftung sind der Stiftungsvorstand, der Beirat und der Stiftungsprüfer.

Die ursprüngliche Stiftungsurkunde regelte zum Stiftungsvorstand auszugsweise Folgendes:

„Vierzehntens: Der erste Stiftungsvorstand, dessen Vorsitzender sowie Stellvertreter werden von den Stiftern bestellt. Ergänzungen im Vorstand finden durch die Vorstandsmitglieder statt, wobei ein Vorschlagsrecht den Stiftern in der Reihenfolge [...] zusteht. [...]

Der Stiftungsvorstand besteht aus drei Mitgliedern. Dem Stiftungsvorstand muss jedenfalls ein Anwalt oder Notar oder Wirtschaftstreuhänder oder Steuerberater angehören.

Die Stiftung wird durch mindestens zwei Mitglieder des Stiftungsvorstandes gemeinsam vertreten. [...]

Die Bestellung des Stiftungsvorstandes erfolgt auf unbestimmte Zeit. Die Mitglieder des Vorstandes scheiden aus diesem aus:

a) durch Rücktritt [...];

b) mit Eintritt des Todes, mit Verlust der Handlungsfähigkeit oder Insolvenz;

c) durch Abberufung durch den Beirat, welche Abberufung jedoch einstimmig zu erfolgen hat;

d) durch Entscheidung des Gerichtes gemäß Paragraph siebenundzwanzig (§ 27) Privatstiftungsgesetz.“

Seit Errichtung der Privatstiftung waren der Notar Dr. D***** N*****, Dkfm. H***** E***** und M***** Z***** Mitglieder des Stiftungsvorstandes.

Mit Notariatsakt vom 1. 3. 2007, eingetragen im Firmenbuch am 22. 3. 2007, wurde die Stiftungsurkunde im Punkt Vierzehntens wie folgt abgeändert:

„Vierzehntens: Der erste Stiftungsvorstand, dessen Vorsitzender sowie Stellvertreter wurden von den Stiftern bestellt. Ergänzungen im Vorstand finden durch die Vorstandsmitglieder statt (Kooptierung), wobei ein Vorschlagsrecht den Stiftern in der Reihenfolge [...] zusteht. Die Vorschläge der Stifter haben für die Vorstandsmitglieder empfehlenden Charakter. Der nachfolgende Vorsitzende und sein Stellvertreter werden vom Stiftungsvorstand gewählt. [...]

Der Stiftungsvorstand besteht aus drei Mitgliedern. Dem Stiftungsvorstand sollte nach Möglichkeit ein Anwalt oder Notar oder Wirtschaftstreuhänder angehören.

Jedes der Vorstandsmitglieder ist allein für die H***** Privatstiftung zeichnungsberechtigt [...]

Stiftungsvorstandsmitglieder werden längstens auf die Dauer von fünf Jahren bestellt. Die wiederholte Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes ist unbeschränkt möglich. Die Dauer der Funktionsperioden kann zwischen den einzelnen Vorstandsmitgliedern divergieren. Die Mitglieder des Vorstandes scheiden aus diesem aus:

- a) nach Ablauf der Bestellungsperiode, soweit sie nicht wieder bestellt werden;
- b) durch Rücktritt [...];
- c) mit Eintritt des Todes, mit Verlust der Handlungsfähigkeit oder Insolvenz; sowie
- d) durch Entscheidung des Gerichtes gemäß Paragraph siebenundzwanzig (§ 27) Privatstiftungsgesetz.“

In Ausübung seines Änderungsrechts und mit Zustimmung des Stiftungsvorstandes änderte der Erststifter die Stiftungsurkunde dahingehend, dass der Stiftungsvorstand aus bis zu fünf Mitgliedern besteht. Gleichzeitig schlug er als weiteres (viertes) Vorstandsmitglied Rechtsanwalt Dr. C***** M***** vor. Der Stiftungsvorstand bestellte (koopitierte) diesen mit Wirksamkeit der Änderung der Stiftungserklärung (7. 8. 2009) auf die Dauer von fünf Jahren zu seinem Mitglied.

Während seiner ab 22. 3. 2007 beginnenden fünfjährigen Funktionsperiode erklärte Notar Dr. N***** seinen Rücktritt aus dem Stiftungsvorstand. Auf Vorschlag des Erststifters bestellten die verbliebenen Mitglieder des Stiftungsvorstandes als neues (viertes) Vorstandsmitglied Ing. W***** N***** mit Wirksamkeit vom 16. 6. 2010 für eine Funktionsperiode von fünf Jahren.

Am 28. 9. 2011, eingetragen im Firmenbuch am 23. 12. 2011, wurde die Stiftungsurkunde im Punkt Vierzehntens neuerlich abgeändert:

„Vierzehntens: Der erste Stiftungsvorstand, dessen Vorsitzender sowie Stellvertreter wurden von den Stiftern bestellt. Ergänzungen im Vorstand finden durch die Vorstandsmitglieder statt (Kooptierung), wobei ein Vorschlagsrecht den

Stiftern in der Reihenfolge [...] zusteht. Die Vorschläge der Stifter haben für die Vorstandsmitglieder empfehlenden Charakter. Der nachfolgende Vorsitzende und sein Stellvertreter werden vom Stiftungsvorstand gewählt. [...]

Der Stiftungsvorstand besteht aus mindestens drei und höchstens sechs Mitgliedern. Dem Stiftungsvorstand sollte nach Möglichkeit ein Anwalt oder Notar oder Wirtschaftstreuhänder angehören.

Jedes der Vorstandsmitglieder ist kollektiv mit einem weiteren Vorstandsmitglied für die H***** Privatstiftung zeichnungsberechtigt. [...]

Stiftungsvorstandsmitglieder werden längstens auf die Dauer von fünf Jahren bestellt. Die wiederholte Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsvorstandes ist unbeschränkt möglich. Die Dauer der Funktionsperioden kann zwischen den einzelnen Vorstandsmitgliedern divergieren. Die Mitglieder des Vorstandes scheiden aus diesem aus:

- a) nach Ablauf der Bestellungsperiode, soweit sie nicht wieder bestellt werden;
- b) durch Rücktritt [...];
- c) mit Eintritt des Todes, mit Verlust der Handlungsfähigkeit oder Insolvenz; sowie
- d) durch Entscheidung des Gerichtes gemäß Paragraph siebenundzwanzig (§ 27) Privatstiftungsgesetz.“

In der Stiftungsurkunde vom 28. 9. 2011 heißt es weiter:

„Fünfzehntens: [...] Der Stiftungsvorstand ist beschlussfähig, wenn [...] mindestens zwei Drittel der Mitglieder, darunter der Vorsitzende oder der Stellvertreter, in der Sitzung anwesend sind.

Sechzehntens: Der Stiftungsvorstand bedarf zu nachstehenden Rechtshandlungen der vorherigen Zustimmung des Beirates:

- a) zum Erwerb und [zur] Veräußerung von Unternehmen, Betrieben, Beteiligungen und Liegenschaften sowie zur Belastung von Liegenschaften [...];
- b) zur Gewährung von Darlehen und Krediten;
- c) zur Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten [...];
- d) zur Übernahme, Pachtung, Verpachtung [...] von Unternehmen [...];
- e) zum Abschluss und zu wesentlichen Änderungen von Verträgen, die über den

Umfang des laufenden Geschäftsbetriebes hinausgehen und für die Stiftung von grundsätzlicher Bedeutung sind.

Siebzehntens: Der Beirat besteht aus mindestens zwei, höchstens vier Mitgliedern. Der Beirat kann aus Stiftern und Mitgliedern des Begünstigtenkreises bestehen. Die Bestellung [...]

Festgehalten wird, dass, solange es dem Erststifter möglich ist, seine Tätigkeit als solcher auszuüben, er das alleinige Recht hat, die Beiratsmitglieder zu bestellen und abzusetzen, wobei er sich auch zum Mitglied des Beirates bestellen kann. [...]

Achtzehntens: Dem Kreis der Begünstigten gehören der Erststifter selbst sowie die Familienmitglieder und Deszendenten des Erststifters sowie sonstige nach den Bestimmungen der Stiftungszusatzurkunde bestimmte[n] Begünstigte[n] an. Die jeweilige Bezeichnung der Begünstigten dieser Stiftung erfolgt durch den Erststifter (berufene Stelle nach § 5 PSG) in der Stiftungszusatzurkunde. [...]

Nach Punkt Drittens der Stiftungszusatzurkunde vom 11. 2. 2011 ist der Erststifter bis zu seinem Ableben allein Begünstigter der Stiftung. Er machte von seinem Recht, zu Lebzeiten weitere Begünstigte zu bestimmen, in der Person von G***** Z***** Gebrauch.

Im Februar 2012 setzte sich der Stiftungsvorstand aus dem Vorsitzenden M***** Z*****, seinem Stellvertreter Dkfm. H***** E*****, beide mit einer Funktionsperiode bis 22. 3. 2012, Dr. C***** M***** und Ing. W***** N***** zusammen.

Mit dem am 23. 2. 2012 beim Firmenbuchgericht eingelangten Antrag stellten G***** Z*****, der Erststifter und N***** Z***** - als Beirat der Privatstiftung bezeichnet - den Antrag, das Erstgericht möge zwei neue Mitglieder des Stiftungsvorstandes ab 23. 3. 2012 bestellen. Dem Stiftungsvorstand komme nach der Regelung in der Stiftungsurkunde nur die Befugnis zu, Ergänzungen bzw. Kooptierungen - also Vervollständigungen - infolge des Ausfalls eines Vorstandsmitglieds während der laufenden fünfjährigen Funktionsperiode oder im Zug einer Aufstockung der Anzahl der Vorstandsmitglieder vorzunehmen, nicht jedoch das Recht oder die Möglichkeit, Vorstandsmitglieder zu bestellen. Neu- bzw. Wiederbestellungen von Vorstandsmitgliedern

fielen nicht in die Kompetenz des Stiftungsvorstands. Mit dem Ausscheiden des Vorsitzenden des Stiftungsvorstands und seines Stellvertreters mit 22. 3. 2012 verblieben bloß zwei Vorstandsmitglieder der Privatstiftung. Die Antragsteller ersuchten um Berücksichtigung der Empfehlung des Erststifters, der F***** G***** und Notar Dr. W***** K***** mit deren Zustimmung vorgeschlagen habe.

In ihrer Äußerung vertrat die Privatstiftung die Auffassung, dass auch Wieder- und Neubestellungen von der Kooptierungsregelung in der Stiftungsurkunde erfasst seien. Für den 14. 3. 2012 sei eine Vorstandssitzung einberufen worden, zu der auch die Beiratsmitglieder eingeladen seien. Ein Tagesordnungspunkt werde sich mit den Maßnahmen zur Besetzung des Stiftungsvorstands, insbesondere Kooptierung durch den Vorstand (Beschlussfassung betreffend Z***** und Dkfm. E*****) und allfällige weitere Bestellungen bzw Beratung über eine Abberufung befassen. Es bestehe weder Veranlassung noch eine Rechtsgrundlage für eine gerichtliche Bestellung von Vorstandsmitgliedern.

Am 20. 3. 2012 beantragte die Privatstiftung, das Erstgericht möge die Funktionsperiode von fünf Jahren, beginnend mit dem 22. 3. 2012, für M***** Z***** und von maximal fünf Jahren bis zur rechtskräftigen Beendigung aller Verfahren gegen die Privatstiftung und gegen Vorstandsmitglieder der Privatstiftung von Dkfm. H***** E***** zur Kenntnis nehmen und sofern erforderlich, die Wiederbestellung im Firmenbuch entsprechend eintragen. In der Vorstandssitzung vom 14. 3. 2012 seien M***** Z***** mit den Stimmen von Dr. M***** und Dkfm. E***** gegen die Stimme von Ing. N***** für fünf Jahre und Dkfm. E***** mit den Stimmen von Dr. M***** und Z***** gegen die Stimme von Ing. N***** für maximal fünf Jahre, beschränkt bis zur rechtskräftigen Beendigung aller Verfahren gegen die Stiftung und deren Vorstandsmitglieder, jeweils ab dem 22. 3. 2012 wieder bestellt worden. Die Beschlussfassung sei entgegen der Meinung von Ing. N***** nicht mangelhaft, weil Dkfm. E***** und Z***** zu diesem Zeitpunkt zwar ausscheidende, aber noch nicht ausgeschiedene Mitglie-

der des Vorstands und somit wechselweise stimmberechtigt gewesen seien.

Mit Beschluss vom 22. 3. 2012 (ON 6) sprach das Erstgericht aus,

1. die in der Vorstandssitzung vom 14. 3. 2012 erfolgte Wiederbestellung von M***** Z***** und Dkfm. H***** E***** zu Vorstandsmitgliedern werde gerichtlich nicht anerkannt;
2. die Funktionsperioden der beiden ende mit Ablauf des 22. 3. 2012. Die Löschung von M***** Z***** als Vorstandsmitglied erfolge mit gesondertem Beschluss;
3. gemäß § 27 Abs 1 PSG werde Dkfm. H***** E***** zum Stiftungsvorstand für die Dauer von fünf Jahren bestellt.

Es führte aus, auch für den Fall des Ablaufs der Funktionsperiode solle die Regelung der Kooptierung/Ergänzung stattfinden. Ein Ergänzungsfall liege zB vor, wenn die gesetzlich vorgesehene Anzahl von drei Vorstandsmitgliedern nicht mehr vorhanden sei. Die Ergänzung könne aber wohl nur durch die Mitglieder des zu ergänzenden Vorstands erfolgen, also nach Ablauf der Funktionsperiode der Ausscheidenden durch die verbliebenen Vorstandsmitglieder, andernfalls läge eine Nachfolgerbestimmung vor. Selbst wenn man eine Ergänzung vor dem tatsächlichen Eintritt des Ergänzungsfalls für zulässig erachtete, könnte diese nur von den im Ergänzungsfall tatsächlich noch vorhandenen, nicht aber von jenen Vorstandsmitgliedern vorgenommen werden, deren Positionen zu ergänzen seien. Die Teilnahme von Z***** und Dkfm. E***** an den Bestellungsbeschlüssen entspreche nicht der Stiftungsurkunde. Die Beschlüsse seien daher nicht ordnungsgemäß zustande gekommen. Ab dem 23. 3. 2012 sei daher die gesetzlich vorgesehene Anzahl von drei Stiftungsvorständen nicht mehr vorhanden. Bei der Auswahl des zu bestellenden Vorstandsmitglieds unter den in Frage kommenden Personen seien zum einen grundsätzlich die beiden langjährigen Vorstandsmitglieder gegenüber Dr. K***** und G***** bevorzugt und zum anderen Dkfm. E***** gewählt worden, gegen den - anders als bei M***** Z***** - keine nachvollziehbar begründeten Vorwürfe amtsbekannt seien.

Mit Beschluss vom selben Tag, ON 7, trug das Erstgericht die Löschung von

M***** Z***** als Vorstand der Privatstiftung in das Firmenbuch ein.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs von M***** Z***** gegen beide Beschlüsse des Erstgerichts nicht Folge und wies den Rekurs von G***** Z*****, Dkfm. H***** Z*****, N***** Z***** und Dr. P***** B***** gegen Punkt 3. des Beschlusses vom 22. 3. 2012, ON 6, zurück. Gelange dem Firmenbuchgericht eine - an sich gar nicht anmeldungspflichtige - Wiederbestellung von bereits im Firmenbuch eingetragenen Vorstandsmitgliedern zur Kenntnis und habe es Zweifel an der Übereinstimmung der Wiederbestellung mit der Stiftungserklärung, habe es jedenfalls auch zu prüfen, ob die von der Stiftungserklärung vorgesehenen Bestimmungsvoraussetzungen tatsächlich vorliegen. Kooperative Regelungen in der Stiftungserklärung seien nach deren Wortlaut und Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang objektiv (normativ) auszulegen. Die nach der Stiftungserklärung zur Ergänzung des Vorstands befugte Stelle seien seit der Errichtung der Stiftung die Vorstandsmitglieder. Dass genau mit jener Änderung vom 1. 3. 2007, die die zunächst unbefristete Bestelldauer der Vorstandsmitglieder in eine solche von längstens fünf Jahren umgewandelt habe, auch der Begriff Kooptierung als Klammerausdruck Eingang in jene Passage gefunden habe, die die befugte Stelle bezeichnete, spreche deutlich gegen die Auffassung des Stifters und des Beirats, dass bei der Änderung der Bestelldauer die Änderung der bestellungsbefugten Stelle übersehen worden sei. Mit dieser Änderung sei konsequenterweise auch ein weiterer Ausscheidungstatbestand für die Vorstandsmitglieder formuliert worden. Sie scheiden nach Ablauf der Bestellungsperiode aus dem Vorstand aus, wenn sie nicht wieder bestellt werden. Dieser Tatbestand stehe im gleichen Kontext wie jener des Rücktritts, des Todes, des Verlustes der Handlungsfähigkeit, der Insolvenz und der Abberufung durch das Gericht. Die Auffassung, dass eine Ergänzung/Kooptierung neben einer Aufstockung der Anzahl der Vorstandsmitglieder nur den Ausfall eines Vorstandsmitglieds aufgrund von Rücktritt, Tod, Abberufung oder Handlungsunfähigkeit, nicht aber jenen aufgrund des Ablaufs der (fünfjährigen) Funktionsperiode umfassen soll, sei daher weder vom Wortlaut der Stiftungsurkunde gedeckt noch aus dem

Zweck der Regelung und deren Historie argumentierbar, sondern schlicht nicht nachvollziehbar und - wie das Erstgericht unter Hinweis auf weitere Gerichtsverfahren formuliert habe - eine „nur im Hinblick auf die derzeitige Situation in der Privatstiftung erklärbare Interpretation“ des Stifters und des Beirats.

Klar sei die Lage bei einer Ergänzung des Vorstands nach Ablauf der Funktionsperiode. Die verbliebenen Vorstandsmitglieder wählten den Nachfolger des ausgeschiedenen Mitglieds. Z***** und Dkfm. E***** seien im konkreten Fall mit Ablauf des 22. 3. 2012 nicht mehr Vorstandsmitglieder gewesen und daher ab dem 23. 3. 2012 jedenfalls nicht stimmberechtigt gewesen. Keines der verbliebenen Vorstandsmitglieder sei damals allerdings Vorsitzender oder Stellvertreter des Vorsitzenden gewesen, sodass der verbliebene Vorstand nach Punkt Fünfzehntens. der Stiftungsurkunde gar nicht beschlussfähig gewesen wäre. Gestehe man zu, dass die grundsätzlich zur Kooptierung berufenen Vorstandsmitglieder auch vor Ablauf der Funktionsperiode der ausscheidenden Mitglieder die Ergänzung des Vorstands beschließen dürften, so könne nichts anderes gelten. Denn Zweck einer solchen Vorgangsweise dürfe nur sein, vorsorglich die Nachfolge des ausscheidenden Mitglieds festzulegen, um jegliche, auch nur kurzzeitige Lücke im Vorstand zu vermeiden. Gestattete man den ausscheidenden Mitgliedern, vor dem Ablauf ihrer Funktionsperiode an der Beschlussfassung über die Wiederbestellung des jeweils anderen ausscheidenden Mitglieds mitzuwirken, hinge diese von der möglicherweise willkürlich und bewusst gesteuerten Anberaumung des Termins über die Nachbesetzung des Vorstands vor oder nach dem Ablauf der Funktionsperiode einzelner Mitglieder ab. Auf die Spitze getrieben wäre es dann einem vierköpfigen Vorstand mit gleichzeitigem Ablauf der Funktionsperiode bereits zu Beginn seiner Periode möglich, jeweils zu dritt das jeweils vierte Vorstandsmitglied für eine weitere Periode zu bestellen. Eine solche Vorgehensweise widerstreite offenkundig dem Zweck der Kooptierung. Dass eine Kooptierungsregelung dann unpraktikabel sein möge, wenn alle Stiftungsvorstandsmitglieder gleichzeitig auf dieselbe Dauer bestellt würden, somit gleichzeitig ausschieden und die offenen Stellen daher nicht nach-

besetzen können, ändere nichts an der Zulässigkeit und grundsätzlichen Wirksamkeit einer solchen Regelung, sondern lasse einfach die subsidiäre Zuständigkeit des Gerichts nach § 27 Abs 1 PSG zum Tragen kommen. Selbst bei einer als zulässig erachteten (Wieder-)Bestellung von Vorstandsmitgliedern vor Ablauf der Funktionsperiode der Ausscheidenden dürfe daher keiner der Ausscheidenden, auch nicht für die Nachfolge des jeweils anderen mitstimmen. Damit ergebe sich auch für diese Situation von vornherein die mangelnde Beschlussfähigkeit der verbleibenden Vorstandsmitglieder Dr. M***** und Ing. N*****.

Das Erstgericht sei daher gemäß § 27 Abs 1 PSG verpflichtet gewesen, ein Mitglied des Stiftungsvorstands zu bestellen. Der Beirat sei ein Organ der Privatstiftung im Sinn des § 14 Abs 2 PSG, an dessen Zustimmung der Stiftungsvorstand bei bestimmten Rechtshandlungen gebunden sei. Infolge dieser rechtlichen Bindung sei der Beirat zwar Partei im Verfahren nach § 27 Abs 1 PSG. Dies betreffe aber nur die Bestellung fehlender Vorstandsmitglieder an sich, nicht aber deren Auswahl durch das Gericht, komme doch dem Beirat nach der Stiftungserklärung keinerlei Kompetenz in Bezug auf die Person der Stiftungsvorstandsmitglieder zu. Da die Rekurslegitimation des Beirats gegen die personelle Auswahl des Gerichts zu verneinen sei, sei sein Rekurs zurückzuweisen. Der Erststifter habe bei Ergänzungen im Vorstand ein Vorschlagsrecht von empfehlendem Charakter, das ihm auch im gerichtlichen Bestellungsverfahren zuzugestehen sei. Folge das Gericht dieser Empfehlung aber nicht, so eröffne dies dem Stifter keine Rechtsmittellegitimation gegen die Gerichtsentscheidung, weil diese nicht in seine rechtlich geschützte Position eingreife. Es stehe im Ermessen des Gerichts, wen es zum Organmitglied bestellt und für welche Funktionsperiode. Ein missbräuchliches Vorgehen des Erstgerichts sei weder behauptet worden noch erkennbar. Unvereinbarkeiten bestünden nicht. Gegen die generelle Eignung Dkfm. E*****s führe der Rekurs nichts Substantielles ins Treffen.

Das Rekursgericht sprach aus, der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zu den aufgeworfenen Fragen der Ergänzung (Kooptierung) des Stiftungsvorstands

durch die Vorstandmitglieder und zu § 27 Abs 1 PSG, insbesondere zur Überprüfung des gerichtlichen Ermessens bei der Anzahl und Auswahl der zu bestellenden Person(en) und zur Rekurslegitimation fehle.

Rechtliche Beurteilung

I. Zum Revisionsrekurs des M***** Z*****:

Der Revisionsrekurs ist zulässig und berechtigt.

1. Der Revisionsrekurswerber führt aus, dass sich dem Text der Stiftungsurkunde die vom Rekursgericht vertretene Einschränkung, nur die verbleibenden Vorstandsmitglieder seien stimmberechtigt, nicht entnehmen lasse. Es seien „die Vorstandsmitglieder“ zur Ergänzung (Kooptierung) berufen. Es sei zwar das ausscheidende Vorstandsmitglied nicht stimmberechtigt, wenn über die eigene Wiederbestellung abgestimmt werde, wohl aber über jene eines anderen Vorstandsmitglieds. Hiefür könne es keinen Unterschied machen, ob die Funktionsperiode von Vorstandsmitgliedern zufällig am selben Tag ende oder nicht. Unzutreffend sei die Auffassung des Rekursgerichts, dass die gegenteilige Ansicht offenkundig dem Zweck der Kooptierung widerspreche. Hätte ein irgendwann ausscheidendes Mitglied nicht stimmberechtigt sein sollen, hätte dies in der Stiftungsurkunde geregelt werden müssen. Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Regelung sei daher jedes im Zeitpunkt der Beschlussfassung vorhandene Vorstandsmitglied stimmberechtigt.

Hiezu wurde erwogen:

2. § 9 Abs 2 Z 1 PSG gestattet es dem Stifter, Regelungen über die Bestellung, Abberufung, Funktionsdauer und Vertretungsbefugnisse des Stiftungsvorstands in die Stiftungsurkunde (§ 10 Abs 2 PSG) aufzunehmen. Nach einhelliger Auffassung kann der Stifter in den Grenzen von Unvereinbarkeitsbestimmungen, Bestellungsverboten und sonstigen zwingenden Bestimmungen des PSG dem Stiftungsvorstand die Befugnis zur Bestellung von Vorstandsmitgliedern (Selbstergänzung, Kooptierung) einräumen (vgl. 6 Ob 85/01w; Arnold, PSG² § 15 Rz 79 ff und Rz 85 mwN).

3. Korporative Bestimmungen der Stiftungsurkunde, zu der Regelungen der Zuständigkeit zur Bestellung der Mitglie-

der des Stiftungsvorstands als Teil der Stiftungsorganisation gehören, sind nach deren Wortlaut und Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang objektiv auszulegen (6 Ob 106/03m SZ 2003/105).

4. Entgegen der Ansicht des Erststifters und des Beirats in ihrer Revisionsrekursbeantwortung hat das Rekursgericht die Stiftungsurkunde zutreffend dahin ausgelegt, dass der Stiftungsvorstand auch im Fall des Ablaufs der Funktionsperiode eines seiner Mitglieder zu seiner Ergänzung berufen ist. Insoweit genügt es auf die Richtigkeit der Ausführungen des Rekursgerichts zu verweisen.

5. Dass ein Vorstandsmitglied erst nach seinem Ausscheiden wirksam wieder bestellt werden kann, ist im Gesetz nicht normiert und ergibt sich auch nicht aus zwingenden Bestimmungen des PSG. Aus der Formulierung der Stiftungsurkunde, wonach Mitglieder des Vorstands aus diesem „nach Ablauf der Bestellungsperiode, soweit sie nicht wiederbestellt werden“ ausscheiden, ist abzuleiten, dass ein Vorstandsmitglied schon vor seinem Ausscheiden „durch die Vorstandsmitglieder“ wieder bestellt werden kann, wären sie doch schon aus dem Vorstand ausgeschieden, wenn sie erst nach Ablauf ihrer Funktionsperiode wieder bestellt würden. Das Ausscheiden wegen Ablaufs der Funktionsperiode und damit eine Vakanz des Vorstandsmandats vor der Wiederbestellung will die Regelung der Stiftungsurkunde aber verhindern. Da sich nach dem Wortlaut der Stiftungsurkunde die Bestellbefugnis nicht auf „verbliebene“ Vorstandsmitglieder beschränkt, sondern „die Vorstandsmitglieder“ zur Bestellung berufen sind, kann im Kontext der Stiftungsurkunde nicht geschlossen werden, ein Ergänzungsfall liege nur vor, wenn ein Vorstandsmitglied ausgeschieden ist oder wenn - bis zur nach der Stiftungsurkunde zulässigen Höchstanzahl - weitere Vorstandsmitglieder bestellt werden. Ein Ergänzungsfall im Sinn der Stiftungsurkunde ist auch dann gegeben, wenn - wie im zu beurteilenden Fall - in zeitlicher Nähe zum Funktionsende eines Vorstandsmitglieds über dessen Wiederbestellung zu beschließen ist. Denn nur wenn der betreffende Bestellungsbeschluss rechtzeitig vor dem Ablauf der Funktionsperiode gefasst wird, kann - wie es der Stiftungsurkunde zufolge intendiert ist - die neue

Funktionsperiode unmittelbar an die vorhergehende anschließen. Dass in diesem Fall das wiederzubestellende Vorstandsmitglied nicht stimmberechtigt ist, wie das Rekursgericht angenommen hat, ist weder gesetzlich normiert noch in der Stiftungsurkunde angeordnet.

Eine Wiederbestellung zu einem dem Ablauf der Funktionsperiode nicht nahen Zeitpunkt widerspricht dem Sinn und Zweck der Befristung des Vorstandsmandats und ist deshalb nicht zulässig. Ob sie nicht wirksam ist oder ob eine solche Vorgehensweise einen wichtigen Grund für die Abberufung (§ 27 Abs 2 PSG) bildet, muss hier nicht näher erörtert werden, liegt doch dieser Fall nicht vor. Mit der Unzulässigkeit einer Wiederbestellung zu einem vom Ablauf des Vorstandsmandats entfernten Zeitpunkt lässt sich aber eine Beschränkung der Bestellbefugnis auf die nicht ausscheidenden Vorstandsmitglieder bei einer Wiederbestellung kurz vor Funktionsende nicht überzeugend begründen.

6. Ist demnach von einer wirksamen Wiederbestellung des Revisionsrekurswerbers und des anderen Vorstandsmitglieds auszugehen, liegt ein Fall des § 27 Abs 1 PSG nicht vor. Es war wie aus dem Spruch ersichtlich vorzugehen.

II. Der Beirat und der Erststifter sind mit ihrem Revisionsrekurs auf die Entscheidung über den Revisionsrekurs des M***** Z***** zu verweisen. Die Frage der Überprüfung der Auswahl des vom Gericht zu bestellenden Vorstandsmitglieds stellt sich nicht mehr.

Im Übrigen hat das Rekursgericht ihren Rekurs zu Recht zurückgewiesen:

1. Der Senat hat im Zusammenhang mit der Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Vorstands einer Privatstiftung (§ 27 PSG) bereits wiederholt ausgesprochen, dass die Parteistellung des Stifters in diesem Verfahren vom Inhalt der die Organisation der Stiftung festlegenden Stiftungserklärung abhängt. Dabei kommt es im jeweils zu beurteilenden Fall auf die konkreten Bestimmungen der Stiftungserklärung an, insbesondere darauf, ob dem Stifter darin subjektive Rechte eingeräumt werden, die gerade durch die dann bekämpfte Beschlussfassung beeinträchtigt werden (6 Ob 85/01w; 6 Ob 116/01d; 6 Ob 305/01y; RIS-Justiz RS0115131). Zutreffend hat das Rekurs-

gericht erkannt, dass das in der Stiftungsurkunde dem Stifter eingeräumte Vorschlagsrecht bloß empfehlenden Charakter hat und kein subjektives Recht des Stifters beeinträchtigt ist, wenn das bestellende Gericht der Empfehlung des Stifters nicht folgt. Der Erststifter hat keine Rechtsmacht, die Bestellung einer bestimmten Person zum Vorstandsmitglied der Stiftung zu bewirken.

2. Die Auswahl der für die Funktion eines Vorstandsmitglieds geeigneten Person steht ebenso im Ermessen des Gerichts wie die Bestimmung der Funktionsperiode, wenn diese in der Stiftungserklärung nicht fix vorgegeben ist (Arnold, PSG² § 27 Rz 12).

Im Zusammenhang mit der Auswahl eines Notgeschäftsführers oder Notliquidators (§ 15a GmbHG) hat der Senat ausgesprochen, dass den zu einem Antrag auf Bestellung Berechtigten keine Rechtsmittellegitimation für die Frage der amtswegigen Auswahl eines Notgeschäftsführers (Notliquidators) zukommt, weil damit nicht in subjektive Rechte der Antragslegitimierten eingegriffen wird. Sie können eine bestimmte Person zwar vorschlagen, haben aber kein subjektives Recht auf deren Bestellung (6 Ob 26/04y; 6 Ob 225/04p; RIS-Justiz RS0118770). Gleiches gilt für den ganz ähnlichen Fall nach § 27 Abs 1 PSG. Der Rekurs des Beirats machte nicht geltend, dass das Erstgericht eine für die Funktion ungeeignete Person zum Vorstandsmitglied bestellte, wie das Rekursgericht zutreffend ausführte.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 AußStrG. In der Frage, ob die Voraussetzungen einer Bestellung nach § 27 Abs 1 PSG gegeben sind, stehen dem obsiegenden Revisionsrekurswerber M***** Z***** die Antragsteller als im Verfahren nach § 27 Abs 1 PSG Unterlegene gegenüber.