

*Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup>, § 811 Rz 8; *Welser*, Erbrechts-Kommentar, § 811 ABGB Rz 9; vgl ferner RIS-Justiz RS0117034).

Matthäus Uitz

Mag. *Matthäus Uitz*, LL.B. (WU) ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien am Lehrstuhl von Univ.-Prof. Dr. *Martin Schauer*, dem besonderer Dank für die kritische Durchsicht des Manuskripts gilt.

\*

## Zur Auflösung einer Privatstiftung infolge der Unerreichbarkeit des Stiftungszwecks

§ 35 PSG

§ 62 AußStrG

**1. Die Nichterreichbarkeit des Stiftungszwecks ist durch Gesamtbetrachtung aller Umstände festzustellen. Mitunter wird hierfür eine Prognose erforderlich sein.**

**2. Der Stiftungszweck ist dann nicht mehr erreichbar, wenn nach menschlichem Ermessen auf längere Sicht keine Umstände eintreten werden, die ihn erreichbar machen.**

**3. Wenn die Vorinstanzen in Anbetracht des Umstands, dass derzeit durch die Privatstiftung keine Zuwendungen vorgenommen werden können und auch in weiterer Folge nicht damit zu rechnen ist, dass die in der Stiftungserklärung vorgesehene Höhe der Zuwendungen erreicht wird, davon ausgehen, dass der Stiftungszweck nicht mehr erreichbar ist, ist darin keine vom OGH aufzugreifende Fehlbeurteilung zu erblicken.**

OGH 22.12.2021, 6 Ob 202/21f (OLG Wien 6 R 117/21a, HG Wien 71 Fr 6118/17s)

[1] Zweck der Privatstiftung (Antragsgegnerin) ist nach deren Stiftungsurkunde vom 14.12.2000 die Verwaltung und Erhaltung des jeweiligen Stiftungsvermögens sowie Unterstützung der jeweils Begünstigten durch Ausschüttung der Erträge. Ausdrücklich ist vorgesehen, dass beide Stiftungszwecke gleichwertig sind. Nach der Stiftungszusatzurkunde vom 15.12.2000 hat der Stiftungsvorstand jedenfalls ab 1.1.2000 den jährlichen Gewinn der Privatstiftung an die Begünstigten auszuschütten, und zwar unter Berücksichtigung der Auflage, dass jährlich mindestens 10 % des Gewinns einbehalten werden als Vorsorge für Mietauffälle der Immobilien bzw vorzunehmende Sanierungen oder Reparaturen. Ausschüttungen sind immer nur unter Bedachtnahme darauf vorzunehmen, dass das Vermögen (der Stamm) der Privatstiftung erhalten wird und alle anfallenden Reparaturen und Erhaltungsarbeiten geleistet werden können.

[2] Mit Ableben des erstbegünstigten Stifters steht der zweitbegünstigten Erstantragstellerin als Akontobetrag monatlich ein Betrag in Höhe des monatlichen Bruttogehalts des Kollektivvertrages für Angestellte in Handelsbetrieben der höchsten erfassten Beschäftigungsgruppe im höchsten Berufsjahr zu; der zweitbegünstigte Zweitantragsteller sollte während seiner Minderjährigkeit einen Betrag in Höhe der Hälfte der genannten Akontozahlung erhalten, wobei dieser Betrag pro Jahr linear dergestalt zu steigern war, dass er mit Erreichen der Volljährigkeit die volle Höhe erreicht.

[3] Das Stiftungsvermögen besteht im Wesentlichen aus Liegenschaften und Liegenschaftsanteilen, die der Stifter eingebracht hatte. Die laufenden Erträge dieser Liegenschaften reichen seit Jahren nicht mehr aus, um die laufenden Kosten und notwendigen Investitionen zu erwirtschaften, sodass die Antragsteller als einzige aktuell Begünstigte bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung (2017) keine Barzuwendungen mehr erhielten, sondern nur Sachzuwendungen in Form der ihnen zur Verfügung gestellten Wohnungen in W. und V. Zur Sicherung bzw Erhöhung des Ertrags des Stiftungsvermögens sind Investitionen in den Immobilienbesitz erforderlich, für die die entsprechende Liquidität seit Jahren nicht mehr gegeben ist.

- [4] Das Erstgericht erklärte die Privatstiftung für aufgelöst. Der Stiftungszweck sei nicht mehr erreichbar. Die Aufrechterhaltung der Stiftung entspreche nicht nur nicht dem Willen des Stifters; sie sei vielmehr seit mehreren Jahren nur durch eine unzulässige einseitige Überbetonung der bloßen Vermögenserhaltung möglich.
- [5] Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung. Die Stiftungsurkunde sei dahin auszulegen, dass bei Unerreichbarkeit des Unterstutzungszwecks der Gesamtzweck der Stiftung, nämlich die Unterstützung Begünstigter (nach Ablauf von 100 Jahren: der Allgemeinheit), aus den Erträgen des Liegenschaftsvermögens gescheitert sei. Die Stiftungserklärung biete keine Hinweise dafür, dass der Geld- bzw Marktwert von Sachleistungen (hier: der Gebrauch zweier Wohnungen durch die Antragsteller) durch die Privatstiftung auf die Akontozahlungen nach der höchsten kollektivvertraglichen Entlohnung für Handelsangestellte anzurechnen wäre. Das monatliche Bruttogehalt für Angestellte im Handel ab 1.1.2021 in der höchsten Stufe 5 (ab dem 13. Jahr) betrage in der höchsten Gehaltsgruppe („H“) 4.782 €. Die Erfüllung der in Pkt 3.6. der Zusatzurkunde angeordneten Ausschüttung erfordere damit für beide Begünstigte bei 12-mal jährlicher Leistung 114.768 €. Demgegenüber sei nach der eigenen Prognose der Stiftung erstmals ab 2024 ein „regelmäßiger Überschuss“ von 65.000 € abzüglich Körperschaftsteuer zu erwarten. Dieser Überschuss verringere sich noch um 10 % entsprechend Pkt 3.5. der Zusatzurkunde und um 27,5 % Kapitalertragsteuer an Ausgangsbesteuerung, sodass auch ab 2024 nur ein Betrag von rund 41.000 € zugewendet werden könnte. Damit sei selbst ausgehend von der Prognose der Privatstiftung trotz des Verkaufs eines Teils des Stiftungsvermögens unter Aussetzung von Barzuwendungen über sechs Jahre (2017 bis 2022) eine Erfüllung des Stiftungszwecks auf Dauer nicht möglich. Die Ausschüttungen würden auch 2024 und auf nicht absehbare Zeit danach zu nicht mehr als rund einem Drittel erfolgen können. Ein Herabsinken des Unterstutzungszwecks in diesem Ausmaß und auf Dauer entspreche nicht dem aus der Stiftungserklärung hervorgehenden Willen des Stifters. Damit sei der Auflösungsgrund nach § 35 Abs 2 Z 2 PSG verwirklicht.
- [6] Den ordentlichen Revisionsrekurs erklärte das Rekursgericht für zulässig, liege doch Rspr des OGH zu den Kriterien der Auflösung der Privatstiftung nach § 35 Abs 2 Z 2 PSG nicht vor.
- Der OGH wies den Revisionsrekurs zurück.

### Aus der Begründung des OGH:

[7] Der Revisionsrekurs ist entgegen dem – den OGH nicht bindenden – Ausspruch des Rekursgerichts nicht zulässig.

[8] 1.1. Nach § 35 Abs 2 Z 2 PSG hat der Stiftungsvorstand einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen, sobald der Stiftungszweck erreicht oder nicht mehr erreichbar ist. Nach den Gesetzesmaterialien liegt eine Unmöglichkeit des Erreichens des Stiftungszwecks insb dann vor, wenn die Privatstiftung über kein hinreichendes Stiftungsvermögen mehr verfügt (ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 34; ebenso *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup>, § 35 Rz 10). Die Nichterreichbarkeit des Stiftungszwecks ist durch Gesamtbetrachtung aller Umstände festzustellen (ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 34; *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup>, § 35 Rz 10). Mitunter wird hierfür eine Prognose erforderlich sein (ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 34; *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup>, § 35 Rz 10). Der Stiftungszweck ist dann nicht mehr erreichbar, wenn nach menschlichem Ermessen auf längere Sicht keine Umstände eintreten werden, die ihn erreichbar machen (ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 34; *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup>, § 35 Rz 10).

[9] 1.2. Ob diese Kriterien erfüllt sind oder nicht, kann regelmäßig nur aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles

beurteilt werden, sodass diese Frage im Allgemeinen keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 62 Abs 1 AußStrG aufwirft.

[10] 2.1. Ebenso hat bereits das Rekursgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass Fragen der Auslegung einer Stiftungserklärung im Einzelfall keine erhebliche Bedeutung zukommt (RIS-Justiz RS0108891 [T25]). Wenn die Vorinstanzen im vorliegenden Fall die Regelungen in der Stiftungserklärung und in der Zusatzurkunde dahin verstanden, dass bei Unerreichbarkeit des Unterstützungszwecks der Gesamtzweck der Stiftung, nämlich die Unterstützung Begünstigter aus den Erträgen des Liegenschaftsvermögens, gescheitert sei, ist dies nicht zu beanstanden. Zutreffend verwies das Rekursgericht auch darauf, die Stiftungserklärung sei dahin zu verstehen, dass eine Ausschüttung erst aus dem Gewinn, also nach Abzug der laufenden Aufwendungen, zu erfolgen habe. Für die Rechtsansicht, auf die Kontoausschüttung in Höhe der kollektivvertraglichen Entlohnung für Handelsangestellte sei eine Anrechnung gewährter Sachleistungen vorzunehmen, bieten die Stiftungserklärung und Zusatzurkunde keine Grundlage.

[11] 2.2. Wenn die Vorinstanzen in Anbetracht des Umstands, dass die Antragsteller jedenfalls seit 2017 keine Barzuwendungen mehr erhalten haben, jedenfalls bis 2022 weiterhin keine Barzuwendungen erhalten könnten und auch ab 2024 nach der eigenen Prognose der Stiftung und trotz Veräußerung eines Teils des Stiftungsvermögens lediglich Zuwendungen in Höhe von rund einem Drittel der vorgesehenen Akontozahlungen möglich sein werden, davon ausgingen, dass der intendierte Stiftungszweck nicht mehr erreichbar ist, ist darin keine vom OGH im Interesse der Rechtssicherheit aufzugreifende Fehlbeurteilung zu erblicken.

...

#### Anmerkung:

Seit Einführung der Rechtsform Privatstiftung wurden rund 1.000 Privatstiftungen im Firmenbuch wiederum gelöscht (Stand 11.2.2022; Quelle: Wirtschafts-Compass). Angesichts dieses Umstands ist es überraschend, dass es relativ wenig höchstgerichtliche Judikatur zur Auflösung der Privatstiftung nach § 35 PSG gibt. Erwähnenswert ist idZ die OGH-Entscheidung vom 23.2.2016, 6 Ob 237/15v, GesRZ 2016, 236 (Hasch/Wolfgruber), die sich zwar vorrangig mit der Frage der Errichtung einer Substiftung, sachverhältnismäßig aber auch stark mit der Frage der Auflösung einer Privatstiftung wegen Nichterreichbarkeit des Stiftungszwecks nach § 35 Abs 2 Z 2 PSG befasst hat.

Nach § 35 Abs 2 Z 2 PSG hat der Stiftungsvorstand einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen, sobald der Stiftungszweck erreicht oder nicht mehr erreichbar ist.

Ein Erreichen des Stiftungszwecks ist anzunehmen, wenn alle in der Stiftungserklärung genannten (zulässigen) Stiftungszwecke restlos und dauerhaft erfüllt sind. Bei dieser Beurteilung wird insb auch auf die Begünstigtenregelungen, in denen sich der Stiftungszweck typischerweise ausdrückt, Rücksicht zu nehmen sein (N. Arnold, PSG<sup>3</sup> [2013] § 35 Rz 11). Vom Erreichen des Stiftungszwecks grenzt § 35 Abs 2 Z 2 PSG die Nichterreichbarkeit desselben ab. Eine Unmöglichkeit des Erreichens des Stiftungszwecks wird bspw dann vorliegen, wenn die Zweckadressaten der Privatstiftung wegfallen (etwa wenn die Privatstiftung ausschließlich auf die Versorgung bestimmter Personen ausgelegt ist und diese ableben). Häufig hängt die Nichterreichbarkeit des Stiftungszwecks aber auch mit der Vermögenssituation der Privatstiftung zusammen.

Im Wesentlichen können beim Fehlen ausreichender finanzieller Mittel vier Fallgruppen unterschieden werden:

- ▶ Die Vermögenslosigkeit der Privatstiftung erfüllt einen Insolvenztatbestand und es kommt zur Auflösung der Privatstiftung nach § 35 Abs 1 Z 2 PSG („über das Vermögen der Privatstiftung das Konkursverfahren eröffnet worden ist“) oder § 35 Abs 1 Z 3 PSG („Nichteröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens“).
- ▶ Auch ohne Einleitung eines Konkursverfahrens kann die Privatstiftung wegen Vermögenslosigkeit im Amtslöschungsverfahren nach § 40 FBG gelöscht werden (siehe nur den ausdrücklichen Hinweis in OGH 23.6.2021, 6 Ob 58/21d, GesRZ 2022, 46 [Csoklich]).
- ▶ Dem Stifter steht es frei, einen Mindestvermögensstand in der Stiftungserklärung festzulegen (§ 9 Abs 2 Z 11 PSG). Bei diesem handelt es sich um keine mit dem Recht der Kapitalgesellschaften vergleichbare Kapitalerhaltungsvorschrift (N. Arnold, PSG<sup>3</sup>, § 4 Rz 45). Denkbar wäre es aber, dass das Unterschreiten eines bestimmten Stiftungsvermögens (das nicht notwendigerweise auch als Mindestvermögensstand festgelegt werden muss) als Auflösungsgrund iSd § 35 Abs 2 Z 4 PSG ausgestaltet wird.
- ▶ Der Stiftungszweck ist auch dann nicht erreichbar, wenn kein hinreichendes Vermögen zur Vornahme von Zuwendungen vorhanden ist. Im hier vorliegenden Fall war in der Stiftungserklärung offenbar vorgesehen, dass Begünstigte monatliche Zuwendungen erhalten sollen, die sich der Höhe nach nach dem monatlichen Bruttogehalt bestimmter Kollektivvertrags-einstufungen zu richten haben. Diese Zuwendungen konnten bisher nicht vorgenommen werden und können nach der Prognose auch in weiterer Folge ab dem Jahr 2024 voraussichtlich lediglich in Höhe von rund einem Drittel der vorgesehenen Beträge erfüllt werden.

Die Frage, welche Umstände mit welcher Sicherheit vorliegen müssen, um von einer Nichterreichbarkeit des Stiftungszwecks sprechen zu können, war bisher nicht ausjudiziert. Es ist daher aus praktischer Sicht zu begrüßen, dass nunmehr klargestellt ist, dass eine Gesamtbetrachtung aller Umstände, die gegebenenfalls auch die Erstellung einer Prognose erforderlich macht, notwendig ist. Der Stiftungszweck ist dann nicht mehr erreichbar, wenn nach menschlichem Ermessen auf längere Sicht keine Umstände eintreten werden, die ihn erreichbar machen (so bereits ErlRV 1132 BlgNR 18. GP, 35 [zu § 35 Abs 2 PSG]).

Gerade im Vermögensbereich hängen die Gesamtbetrachtung und die Prognose mit der Strukturierung des Stiftungsvermögens zusammen. Besteht der Stiftungszweck in der Versorgung der Begünstigten aus den Erträgen des Stiftungsvermögens, könnte durch eine Umschichtung des Stiftungsvermögens allenfalls (soweit möglich und zulässig) eine Erreichbarkeit des Stiftungszwecks wiederhergestellt werden. Der Stiftungsvorstand könnte (bei Vorliegen der diesbezüglichen Voraussetzungen) auch eine Anpassung der Stiftungserklärung aufgrund geänderter Verhältnisse erwägen (etwa aufgrund der Entwicklungen auf den Finanzmärkten; vgl auch *Zentrum für Stiftungsrecht*, *Résumé-Protokoll des Fachgesprächs „Aktuelles zum Stiftungsrecht“*, GesRZ 2021, 380 [382 ff]). Zu einer Änderung des Stiftungszwecks ist der Stiftungsvorstand aber nicht befugt. Stellt der Stiftungszweck daher (wie offenbar im vorliegenden Fall) einerseits auf die Erhaltung des Stiftungsvermögens, andererseits aber auch auf die Unterstützung der jeweiligen Begünstigten aus den Erträgen desselben ab, ist der Handlungsspielraum des Stiftungsvorstands sehr beschränkt und er kann die Erreichbarkeit des Stiftungszwecks nicht durch Änderung der Stiftungserklärung (etwa dahin gehend, dass auch die Substanz zugewendet werden darf) wiederherstellen. Auch eine Umschichtung ist bei Vorliegen von Veräußerungsbeschränkungen nicht möglich.

Nikolaus Arnold

Dr. Nikolaus Arnold ist Rechtsanwalt in Wien.