

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Außerstreitsache der Antragstellerin Verlassenschaft nach der am ***** verstorbenen Mag. T***** W*****, vertreten durch Kerres Rechtsanwalts GmbH in Wien, wider die Antragsgegner 1. Mag. I***** T*****, 2. W***** H*****, beide vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, 3. Dr. E***** P*****, vertreten durch Ploil Krepp Boesch Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Abberufung des Stiftungsvorstands, über die außerordentlichen Revisionsrekurse der Antragsgegner gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 25. Mai 2016, GZ 28 R 17/16z-49, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 24. November 2015, GZ 73 Fr 2315/15w-41, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

1. Die Bezeichnung der antragstellenden Partei wird gemäß § 235 ZPO von Mag. T***** W*****, auf Verlassenschaft nach der am ***** verstorbenen Mag. T***** W***** (AZ ***** Bezirksgericht Innere Stadt Wien) richtig gestellt.

2. Dem außerordentlichen Revisionsrekurs der Antragsgegner wird keine Folge gegeben.

3. Die Antragsgegner sind zu jeweils einem Drittel schuldig, der Antragstellerin die mit 2.519,70 EUR (darin 419,95 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

B e g r ü n d u n g :

Mag. T***** W***** war Begünstigte der im Firmenbuch des Erstgerichts zu FN ***** am 20. 7. 2012 errichteten und seit 22. 8. 2012 eingetragenen F***** Privatstiftung. Der Stifter F***** W***** verstarb am 25. 7. 2012, die Begünstigte war seine Ehefrau.

Das **Erstgericht** wies den Antrag der Begünstigten gemäß § 27 Abs 2 PSG vom 12. 3. 2015 auf Abberufung der Antragsgegner als Mitglieder des Stiftungsvorstands ab.

Das **Rekursgericht** gab über Rekurs der Begünstigten vom 10. 12. 2015 dem Antrag hingegen am 25. 5. 2016 statt und berief die Antragsgegner mit sofortiger Wirkung ab; den ordentlichen Revisionsrekurs erklärte es für nicht zulässig. Bereits knapp drei Monate zuvor (am 2. 3. 2016) war die Begünstigte allerdings verstorben, wovon das Rekursgericht offensichtlich keine Kenntnis hatte.

Die **außerordentlichen Revisionsrekluse** der Antragsgegner sind zulässig; sie sind jedoch nicht berechtigt.

1.1. Die Einleitung eines Verfahrens nach § 27 PSG (sowohl auf Bestellung als auch auf Abberufung von Organmitgliedern) erfolgt auf Antrag oder von Amts wegen. Die Antragslegitimation ist im Privatstiftungsgesetz nicht gesondert geregelt, weshalb die Grundsätze des außerstreitigen Verfahrens gelten (§ 40 PSG). Antragslegitimiert sind somit nur Personen, denen ein rechtliches Interesse zukommt (vgl die zahlreichen Nachweise bei *Arnold*, Privatstiftungsgesetz³ [2013] § 27 Rz 28 f). Dazu zählen (unter anderem) aktuell Begünstigte, denen ein rechtliches Interesse zuzuerkennen ist (ErläutRV 1132 BlgNR 18. GP 30; 6 Ob 157/12z uva). Es besteht somit kein Zweifel, dass Mag. T***** W***** zum Antrag auf Abberufung ebenso legitimiert war wie zur Bekämpfung des abweislichen Beschlusses des Erstgerichts.

1.2. Die Begünstigtenstellung ist grundsätzlich höchstpersönlich. Dies ergibt sich daraus, dass Begünstigte entweder in der Stiftungserklärung namentlich oder individualisierbar genannt werden müssen oder (gleichfalls persönlich) durch die Entscheidung einer hiezu berufenen Stelle festgestellt werden. Die Stellung als Begünstigter ist daher nicht vererblich (*Arnold* aaO § 5 Rz 54; *Löffler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG [1995] § 5 Rz 22; *Größ* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts [2001] 226; *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung aus dem Blickwinkel der Stiftungsbeteiligten [2011] 272 f) und endet mit Ableben des Begünstigten (*Arnold* aaO Rz 27).

1.3. Damit endete infolge Ablebens von Mag. T***** W***** deren auf ihre Begünstigtenstellung gegründete Parteistellung im vorliegenden Verfahren, womit auch die Rekurslegitimation entfiel; diese setzt grundsätzlich Parteistellung voraus (1 Ob 156/06g). Die Verlassenschaft

nach Mag. T***** W***** ist nicht antrags- und auch nicht rechtsmittellegitimiert; sie könnte nur ein amtswegiges Einschreiten des Gerichts anregen, wodurch sie aber ebenfalls eine Rechtsmittellegitimation nicht erlangen würde (6 Ob 180/04w ua; *Arnold* aaO § 27 Rz 30).

Dass Parteistellung und Rekurslegitimation erst während des Rekursverfahrens wegfielen, ändert daran nichts. So wie die Beschwer des Rechtsmittelwerbers zur Zeit der Einlegung des Rechtsmittels gegeben sein und zur Zeit der Entscheidung über das Rechtsmittel noch fortbestehen muss, andernfalls das Rechtsmittel als unzulässig zurückzuweisen wäre (RIS-Justiz RS0041770), muss auch (zur diesbezüglichen Gleichbehandlung von Beschwer und Rechtsmittellegitimation vgl 7 Ob 149/15k EvBl 2016/71 [*Leber*]) die Rechtsmittellegitimation im Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel noch fortbestehen (*Leber*, ÖJZ 2016, 503 [Entscheidungsanmerkung], wonach sich „die für den nachträglichen Wegfall der Beschwer entwickelten Grundsätze auf den Wegfall der Rechtsmittellegitimation vor der Rechtsmittelentscheidung übertragen“ lassen; vgl auch *Konecny* in *Fasching/Konecny*³ I Einl Rz 159/2).

Die vom Obersten Gerichtshof ehemaligen aktuellen Begünstigten eingeräumte Antrags- und Rekurslegitimation nach § 27 PSG, soweit als Abberufungsgründe Gründe angeführt werden, die sich auf die Verletzung von Pflichten gegenüber dem Begünstigten beziehen (6 Ob 157/12z PSR 2012/49 [*Murko*] = NZ 2013, 49 [*Haberer*] = GesRZ 2013, 103 [*Zollner*] = ecolex 2013/137 [*Rizzi*]; 6 Ob 156/12b PSR 2013/8 S 30 [*Hartlieb*]), ist auf den verstorbenen Begünstigten nicht übertragbar. Dadurch käme es doch zu einer – unzulässigen – Vererbung der Begünstigtenstellung.

1.4. Entscheidet ein Gericht zweiter Instanz über einen unzulässigen Rekurs meritorisch, so ist der Mangel der funktionellen Zuständigkeit für eine solche Erledigung zwar vom Obersten Gerichtshof aus Anlass des gegen eine unzulässige Sachentscheidung erhobenen Revisionsrekurses auch in Verfahren außer Streitsachen als Nichtigkeit wahrzunehmen (RIS-Justiz RS0043969 [T6]). In der vorliegenden Verfahrenskonstellation ist jedoch zu beachten, dass nach § 27 Abs 2 PSG das Gericht ein Mitglied des Stiftungsvorstands von Amts wegen abuberufen hat, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Auch wenn sich diese Anordnung grundsätzlich an das erstinstanzliche Gericht wendet, ist der Grundsatz der Amtswegigkeit zur Vermeidung eines Kontrolldefizits auch im Rekursverfahren jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn – wie im vorliegenden Fall – der Antrag einer antragslegitimierten Partei in erster Instanz abgewiesen wurde und diese Partei dagegen ein Rechtsmittel erhoben hat. Für diese Auffassung sprechen im Übrigen auch verfahrensökonomische Gründe, hätte doch für den Fall der Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung das Erstgericht aufgrund der vom Rekursgericht vertretenen Ansicht nach pflichtgemäßem Ermessen unverzüglich und von Amts wegen eine Abberufung der Antragsgegner als Mitglieder des Stiftungsvorstands vorzunehmen; dagegen könnten diese wieder Rechtsmittel erheben.

2. Das Rekursgericht hielt die Voraussetzungen für eine Abberufung der Antragsgegner als Mitglieder des Vorstands der Privatstiftung gemäß § 27 Abs 2 PSG für gegeben. F***** W***** als Stifter habe der Stiftung mit Widmungserklärung vom 20. 7. 2012 zahlreiche Kunstwerke zugewendet. Die gewerbliche Nutzung dieser Werke finde in der F*****gesellschaft mbH (kurz: Gesellschaft) statt, deren

Unternehmensgegenstand (unter anderem) die „Verwertung von Werken von F***** W***** sowie die Vermietung, Verleihung und Einräumung von Reproduktionsrechten an Kunstwerken F***** W*****s“ sei. Die Gesellschaft sei mit Errichtungserklärung vom 20. 7. 2012 von der Stiftung errichtet worden, die auch Alleingesellschafterin der Gesellschaft sei. Die Antragsgegner seien (auch) Geschäftsführer der Gesellschaft. Nach den bisher vorliegenden Jahresabschlüssen habe die Gesellschaft Umsatzerlöse in Höhe von 4.564.281,70 EUR (2012) bzw 3.847.503,61 EUR (2013) und Bilanzgewinne in Höhe von 1.013.880,91 EUR (2012) bzw 1.200.163,49 EUR (2013) erzielt. Das betriebliche Ergebnis der Stiftung habe hingegen – jeweils resultierend aus dem Abgang von Anlagevermögen – 148.600 EUR (2012) bzw 111.369,77 EUR (2013) betragen; die Stiftung habe Bilanzverluste von 375.464,22 EUR (2012) bzw 579.885,37 EUR (2013) erwirtschaftet. Die Erträge aus der Verwaltung des Stiftungsvermögens würden somit primär der Gesellschaft zufließen, wobei Gewinnausschüttungen an die Stiftung aufgrund der Errichtungserklärung der Gesellschaft einen Gewinnverteilungsbeschluss der Gesellschafterin (Stiftung) voraussetzten. Die in der Gesellschaft bezahlten Gehälter hätten nach dem Jahresabschluss im Geschäftsjahr 2012 501.080,49 EUR bei durchschnittlich drei Angestellten betragen. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Gesellschaft erst mit Errichtungserklärung vom 20. 7. 2012 errichtet und am 11. 9. 2012 im Firmenbuch eingetragen wurde, hätten sich diese Gehaltszahlungen auf einen Zeitraum von knapp vier bis fünf Monaten verteilt, woraus sich ein durchschnittliches monatliches Bruttogehalt eines Angestellten von mehr als 30.000 EUR ergebe. Im Jahr 2013 seien Gehaltszahlungen von

insgesamt 833.833,91 EUR bei durchschnittlich vier Angestellten ausgewiesen. Das durchschnittliche monatliche Bruttogehalt pro Angestelltem habe sich demnach mit rund 17.350 EUR errechnet. Dass die Antragsgegner, also der Stiftungsvorstand, die gewerbliche Nutzung des Stiftungsvermögens in die Gesellschaft verlagerte, sei zwar mit Rücksicht auf § 1 Abs 2 Z 1 PSG nicht zu beanstanden. Allerdings habe schon der Umstand, dass die Antragsgegner in ihrer Funktion als Mitglieder des Stiftungsvorstands in Vertretung der Stiftung als Alleingesellschafterin der Gesellschaft sich selbst zu deren Geschäftsführern bestellten, ein Insihgeschäft im Sinn des § 7 Abs 5 PSG begründet, welches daher genehmigungspflichtig gewesen wäre. Aber auch die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung unterliege gemäß § 35 Abs 1 Z 5 GmbHG der Beschlussfassung der Gesellschafter, was im konkreten Fall bedeute, dass die Antragsgegner als Mitglieder des Stiftungsvorstands zuständig seien, ihre eigene Geschäftsführertätigkeit in der Gesellschaft zu überwachen. Dazu gehöre auch, das Geschäftsführergehalt für die Tätigkeit in der Gesellschaft festzusetzen bzw zu genehmigen. Ferner liege es aufgrund ihrer Doppelfunktion in der alleinigen Kompetenz der Antragsgegner, als Mitglieder des Stiftungsvorstands in Vertretung der Stiftung über die Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses der Gesellschaft, die Verteilung des Bilanzgewinns und die Entlastung der Geschäftsführer der Gesellschaft (§ 35 Abs 1 Z 1 GmbHG) bzw über eine allfällige Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus der Geschäftsführung (§ 35 Abs 1 Z 6 GmbHG) zu entscheiden. Schließlich seien die Antragsgegner gemäß § 16 GmbHG auch für die Abberufung der Geschäftsführer der Gesellschaft zuständig. Wenngleich § 39

Abs 4 und 5 GmbHG einen Stimmrechtsausschluss des jeweils von der Beschlussfassung betroffenen Gesellschafters vorsieht, ändere dies im konkreten Fall nichts daran, dass eine externe Kontrolle der Geschäftsführung in der Gesellschaft, der die gewerbliche Nutzung des Stiftungsvermögens übertragen wurde, komplett fehle. Die Doppelfunktion der Antragsgegner als Mitglieder des Stiftungsvorstands einerseits und als Geschäftsführer der Gesellschaft andererseits begründe daher eine Interessenkollision gemäß § 17 Abs 5 PSG, weshalb schon die Geschäftsführerbestellung, aber auch die laufende Überwachung der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft genehmigungspflichtig (gewesen) wäre. Die Unterlassung der nach § 17 Abs 5 PSG gebotenen Einholung der gerichtlichen Genehmigungen, insbesondere der Geschäftsführerbestellungen, der Gehaltszahlungen an die Antragsgegner als Geschäftsführer der Gesellschaft sowie der Beschlussfassung über die Entlastung ihrer Geschäftsführertätigkeit in der Gesellschaft stellten grobe Pflichtverletzungen dar, die schon für sich allein, jedenfalls aber in Verbindung mit den erwähnten Gehaltszahlungen zur Abberufung der Antragsgegner als Mitglieder des Stiftungsvorstands führen müssen.

2.1. Der Drittantragsgegner behauptet in seinem außerordentlichen Revisionsrekurs eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, sei doch der Schriftsatz Mag. Ta***** W*****s ON 8, mit welchem die vom Rekursgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte (angebliche) Pflichtverletzung der Antragsgegner geltend gemacht wurde, diesen nie zugestellt worden. Er übersieht damit allerdings, dass dieses Vorbringen jedenfalls im Schriftsatz ON 38 und auch im Rekurs von Mag. T***** W***** wiederholt wurde und es

den Antragsgegnern somit sowohl im Verfahren erster Instanz als auch in ihren Rekursbeantwortungen freigestanden wäre, sich dazu zu äußern (was der Zweit- und der Drittantragsgegner im Übrigen in ihrer Rekursbeantwortung ohnehin [dazu 2.2.1.] taten).

2.2. Sowohl im Verfahren erster Instanz als auch in ihrem Rekurs hatte Mag. T***** W***** vorgebracht, die Antragsgegner würden sich als Geschäftsführer der Gesellschaft ein „extrem hohes Einkommen zukommen lassen“; so hätten die Personalkosten im Jahr 2013 für fünf Mitarbeiter mehr als 800.000 EUR betragen. Diesem Vorwurf traten die Antragsgegner im Verfahren erster Instanz inhaltlich nicht und Zweit- und Drittantragsgegner in ihrer Rekursbeantwortung lediglich mit dem Hinweis entgegen, die Stiftung und die Gesellschaft hätten „weit mehr Angestellte“, sie selbst hätten für ihre Tätigkeit in der Stiftung und in der Gesellschaft „nur minimale Zahlungen“ erhalten und die Erstantragsgegnerin sei „dem Wunsch des Stifters entsprechend dafür, dass sie das gesamte operative Geschäft in der [*Gesellschaft*] leitet, angemessen bezahlt worden“; weitere Ausführungen oder nachvollziehbare Beweismittel enthielt diese Rekursbeantwortung nicht. Die Erstantragsgegnerin wiederum äußerte sich zu diesem Vorwurf auch nicht in ihrer Rekursbeantwortung. Das Rekursgericht setzte sich mit diesen Einwendungen inhaltlich auseinander und verwarf sie.

2.2.1. Wenn somit der Drittantragsgegner in seinem außerordentlichen Revisionsrekurs nunmehr ausführlich darzustellen versucht, welche Zahlungen tatsächlich von der Gesellschaft an die Antragsgegner als deren Geschäftsführer geflossen sind, verstößt er gegen das Neuerungsverbot des § 49 AußStrG, ist doch nicht erkennbar,

weshalb er derartiges Vorbringen (unter Angabe von nachvollziehbaren Beweisanboten) nicht bereits im Rekursverfahren erstattete. Lediglich der Vollständigkeit halber ist in diesem Belang allerdings darauf hinzuweisen, dass sich auch nach diesem Vorbringen Zahlungen an die Erstantragsgegnerin in Höhe von mehr als 485.000 EUR (2012) bzw knapp 600.000 EUR (2013) ergeben.

2.2.2. Den Ausführungen von Erstantragsgegnerin und Zweitantragsgegner in deren außerordentlichen Revisionsrekurs, das Rekursgericht hätte aufgrund der Feststellungen des Erstgerichts nicht davon ausgehen können, dass es „zu (noch dazu unangemessen hohen) Gehaltszahlungen an Vorstandsmitglieder gekommen ist“, ist entgegen zu halten, dass das Rekursgericht seine Entscheidung auf erstinstanzliches, im Rekurs wiederholtes Vorbringen Mag. T***** W*****s und lediglich wenig substanziiertes Vorbringen der Antragsgegner dazu stützte. Weshalb eine solche Vorgehensweise „Nichtigkeit bzw Mangelhaftigkeit des Rekursverfahrens“ begründen sollte, ist nicht erkennbar.

3. Ein wichtiger Grund, der nach § 27 Abs 2 PSG zur Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands berechtigt, liegt jedenfalls bei grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder Vertretung vor (RIS-Justiz RS0059403). Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist immer unter dem Gesichtspunkt des Funktionierens der Privatstiftung, also letztlich unter dem Gesichtspunkt zu sehen, ob die Verfolgung des Stiftungszwecks mit ausreichender Sicherheit in der Zukunft gewährleistet ist (RIS-Justiz RS0112248). Dies ist durch eine Prognoseentscheidung zu ermitteln (6 Ob 145/09f ZfS 2009, 192 [*Lauss/Lang*] = PSR 2009/17 [*Winner*]). Dabei ist mit

Rücksicht auf die bei der Privatstiftung fehlenden Kontrollmechanismen den Anforderungen für die Abberufung kein strenger Maßstab zu Grunde zu legen (6 Ob 278/00a SZ 73/196; 6 Ob 82/11v SZ 2011/74 = PSR 2011/30 [*Hofmann*] = ZfS 2011, 130 [*Oberndorfer*] = GesRZ 2011, 380 [*Hochedlinger*]).

3.1. Wichtige Gründe sind dabei unter anderem alle bedeutsamen Umstände, die die Belange der Stiftung gefährden oder ihr die Beibehaltung des Geschäftsführers bzw Vorstands unzumutbar machen (vgl RIS-Justiz RS0059403), wie etwa der Abschluss genehmigungspflichtiger Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG ohne Einschaltung des Gerichts (6 Ob 233/09x ZfS 2010, 14 [*Lauß*] = GeS 2009, 394 [*Lauss*]; 6 Ob 187/12m; 6 Ob 244/15y). Auch die Verrechnung überhöhter Honorare kann ein wichtiger Grund für die Abberufung sein (RIS-Justiz RS0112928).

3.2. Nach § 17 Abs 5 PSG bedürfen, wenn die Privatstiftung keinen Aufsichtsrat hat, Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Mitglied des Stiftungsvorstands der Genehmigung aller übrigen Mitglieder des Stiftungsvorstands und des Gerichts. Da eine grammatikalische Auslegung dieser Bestimmung nur Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Mitglied des Stiftungsvorstands umfasst, erscheint die Errichtung einer Gesellschaft durch die Privatstiftung und die Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands zu Geschäftsführern der Gesellschaft nicht unmittelbar erfasst. Eine analoge Anwendbarkeit des § 17 Abs 5 PSG hat der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 6 Ob 135/12i auf Verträge zwischen einer Tochtergesellschaft der Privatstiftung und Angehörigen von Mitgliedern des Stiftungsvorstands abgelehnt; weitere Rechtsprechung hiezu besteht nicht.

In der überwiegenden Literatur wird hingegen eine analoge Anwendung des § 17 Abs 5 PSG auf vergleichbare Fälle bejaht. So entspricht etwa nach *Arnold* (PSG³ [2013] § 17 PSG Rz 92a und 92c) eine rein wörtliche Interpretation weder der Intention des Gesetzgebers noch erschiene sie sachgerecht, weshalb *Arnold* für eine interpretative Erweiterung des Anwendungsbereichs auf alle jene Fälle plädiert, in denen der Geschäftsabschluss zumindest wirtschaftlich einem solchen mit der Stiftung gleichkommt. *Briem* (In-sich-Geschäfte nach § 17 Abs 5 PSG, ZUS 2012, 60 [65]) kommt zum Schluss, dass im Fall eines fehlenden Aufsichtsrats und eines unbefangenen Geschäftsführers auf Seiten der Beteiligungsgesellschaft die Interessenkollision nur über die Stiftung als Alleingesellschafter aufgelöst werden kann; dies führe zur Anwendung von § 17 Abs 5 PSG auch auf Fälle, in denen der Geschäftsabschluss nicht unmittelbar mit der Stiftung erfolge. Nach *Brditschka* (in *Hasch & Partner*, PSG² [2014] § 17 Rz 44 ff) erstreckt sich der Anwendungsbereich des § 17 Abs 5 PSG über seinen Wortlaut hinaus auf all jene Fälle, in denen die Gefahr besteht, dass ein Vorstandsmitglied aufgrund seiner Stellung ein dem Wohl der Privatstiftung abträgliches Geschäft abschließt. Auch *Schmidt* (in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts. Eine Bilanz nach sieben Jahren [2001] 173 [187f]) äußert Bedenken gegen eine restriktive Auslegung des § 17 Abs 5 PSG. *Ch. Nowotny* (Insichgeschäfte bei der Privatstiftung, *ecolex-script* 2007/36, 5 [7]) geht für den hier vorliegenden Fall einer 100%-Tochter, deren Geschäftsführer die Stiftungsvorstände sind, aufgrund der massiven Interessenkollision (ausnahmsweise) von einer analogen Anwendung der Bestimmung aus. Schließlich befürworten

Müller/Sauerer (Die Organbesetzung in den Tochtergesellschaften von Privatstiftungen, in Jahrbuch Stiftungsrecht 2009, 189 [197 f]) ebenfalls die Anwendbarkeit von § 17 Abs 5 PSG, wobei sie besonders die immanente Gefahr von Interessenkollisionen betonen.

Kalss/Müller (in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge [2010] § 25 Rz 190 f) sprechen sich wegen der Gefahr der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nur sehr restriktiv für eine analoge Anwendung des § 17 Abs 5 PSG aus und plädieren für die Anwendung allgemeiner Regeln über Interessenskonflikte (ebenso *Lauss*, Rahmenbedingungen für Stiftungsvorstände, in Jahrbuch Privatstiftungsrecht 2010, 139 [150 f]). Auch *Csoklich* (Rechtsgeschäfte mit und Vergütung von Vorstandsmitgliedern, ZfS 2006, 97 [100]) geht unter Hinweis auf die Gesamtstruktur des Privatstiftungsgesetzes davon aus, dass nur Geschäfte zwischen der Privatstiftung und einem Vorstandsmitglied *ad personam* der gerichtlichen Genehmigung unterliegen sollen (ebenso *Kunz/Liemberger* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 27 Rz 101).

Nach den ErläutRV 1132 XVIII. GP 27 kommen als Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Mitglied des Stiftungsvorstands vor allem Anstellungsverträge in Betracht, was zu einer Kollision beim betroffenen Mitglied führe. Auch die anderen Mitglieder seien möglicherweise nicht ganz unbefangen, weil das betreffende Mitglied seinerseits über ihren Anstellungsvertrag befinde.

3.3. Nach den Erwägungen des Rekursgerichts in tatsächlicher Hinsicht, von denen auszugehen ist, haben die Antragsgegner als Mitglieder des Stiftungsvorstands beträchtliche Vermögenswerte aus der Stiftung in die

Gesellschaft ausgegliedert, welche deren Verwertung besorgt. Die Gesellschaft erzielt zwar namhafte Einnahmen, die jedoch fast zur Gänze durch hohe und nicht näher nachvollziehbare Personalkosten aufgezehrt werden und damit weder der Stiftung noch deren Begünstigten zugutekommen. Vielmehr werden sie – jedenfalls nach dem Vorbringen des Drittantragsgegners (die Erstantragsgegnerin hat sich dazu nicht geäußert) – der Erstantragsgegnerin ausbezahlt, die somit ein bedeutendes eigenwirtschaftliches Interesse hat. Das spricht nach Auffassung des erkennenden Senats offenkundig gegen eine Vereinbarkeit mit der Stellung als Vorstandsmitglied. Dass Zweit- und Drittantragsgegner dies offenbar dulden, ja sogar für angemessen halten und auch daran mitgewirkt haben, ist ihnen als Pflichtverletzung anzulasten, die ebenfalls eine Abberufung rechtfertigt. Jedes Vorstandsmitglied haftet nämlich dafür, dass der Stiftungsvorstand für die Erfüllung des Stiftungszwecks sorgt und die Bestimmungen der Stiftungserklärung einhält. Organinterne Kontrolle bedeutet eine wechselseitige Überwachungspflicht (RIS-Justiz RS0115133, RS0115137).

Angesichts dieser Umstände und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, wonach es lediglich darauf ankommt, ob hinreichende Gründe vorliegen, die Eignung der Vorstände zur ordnungsgemäßen Besorgung der Angelegenheiten der Privatstiftung in Zweifel zu ziehen (§ 27 Abs 2 Z 2 PSG; RIS-Justiz RS0059403), hat das Rekursgericht zutreffend die Abberufung der Antragsgegner als Vorstandsmitglieder der Stiftung ausgesprochen, ohne dass letztlich die Frage einer analogen Anwendung des § 17 Abs 5 PSG abschließend beantwortet werden müsste. Zweifel an der Eignung können auch bei Interessenskonflikten gegeben sein, die noch nicht den Grad der Unvereinbarkeit

des § 15 PSG erreichen (RIS-Justiz RS0114598; 6 Ob 145/09f), wozu im Einzelfall auch ein eigenwirtschaftliches Interesse der Vorstände an einer Tochtergesellschaft führen kann (vgl. *Arnold*, PSG³ § 27 Rz 24a; *Müller/Sauerer* aaO 197 f). Die potentielle Gefahr (massiver) Interessenkollisionen als Abberufungsgrund gestehen aber auch jene Autoren zu, die sich gegen eine analoge Anwendung des § 17 Abs 5 PSG aussprechen. Dass dem Vorstand ein gewisses Ermessen im Sinn der Business Judgement Rule zukommt (6 Ob 160/15w), ändert daran nichts.

4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 78 Abs 2 AußStrG. Im Abberufungsantrag wurde der Verfahrensstreitwert mit 42.000 EUR bewertet; die Antragsgegner haften nach Köpfen (vgl. 6 Ob 82/11v).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 27. September 2016
Dr. K u r a s
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: