

## Parteistellung bei der Ablehnung der Eintragung einer Privatstiftung

1. Gemäß § 15 Abs 2 FBG sind Rechtsträger, die ihre Rechtspersönlichkeit erst durch die Eintragung in das Firmenbuch erlangen, im Verfahren über die erste Eintragung parteifähig und werden von den vorgesehenen Organen vertreten. Dies gilt auch für die Privatstiftung, die gemäß § 7 Abs 1 PSG mit ihrer Eintragung in das Firmenbuch entsteht. PSG: §§ 7, 15
2. Die Mitglieder des Vorstands sind im Eintragungsverfahren der Privatstiftung durch die Ablehnung der Eintragung nicht unmittelbar betroffen, sodass ihnen keine Parteistellung zukommt. OGH 26.06.2014, 6 Ob 73/14z

### Spruch

Den Revisionsrekursen wird nicht Folge gegeben.

### Text

#### Begründung:

Die Marktgemeinde N\*\*\*\*\* ist alleinige Gesellschafterin der „Marktgemeinde N\*\*\*\*\* Versorgungsbetriebsgesellschaft mbH“ mit einem voll eingezahlten Stammkapital von 300.000 EUR. Mit Schriftsatz vom 20. Dezember 2013 stellten E\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* Dr. W\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\* und G\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\* als erste Mitglieder des Stiftungsvorstands den Antrag auf Eintragung der von der Stifterin Marktgemeinde N\*\*\*\*\* am 5. Dezember 2013 errichteten Gemeinnützigen Gemeinde-Privatstiftung N\*\*\*\*\* in das Firmenbuch und auf Bestellung eines Stiftungsprüfers durch das Gericht.

Der Gemeinderat der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* beschloss in seiner Sitzung vom 5. Dezember 2013 die Gründung der Gemeinnützigen Gemeinde-Privatstiftung N\*\*\*\*\* nach den Bestimmungen des PSG mit einer Kapitalausstattung von 70.000 EUR. Weiters beschloss der Gemeinderat die Übertragung sämtlicher von der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* gehaltenen Geschäftsanteile an der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* Versorgungsbetriebsgesellschaft mbH („E-Werk“) im Wege einer Nachstiftung.

Nach der Präambel der Stiftungserklärung soll mit Errichtung dieser Stiftung gewährleistet werden, dass die über Jahre aufgebaute Marktgemeinde N\*\*\*\*\* Versorgungsbetriebsgesellschaft mbH auch in Zukunft überwiegend den Bürgern und Bürgerinnen zu Gute kommt, die in der Region leben, die dem heutigen politischen Gemeindegebiet der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* entspricht. Damit soll eine von politischen Einflüssen losgelöste und unabhängige Verwaltung sowie der Weiterbetrieb der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* Versorgungsbetriebsgesellschaft

mbH gewährleistet werden, all dies zum Wohl der Allgemeinheit.

In Punkt III. „Stiftungszweck“ ist unter anderem die Erhaltung der örtlichen Infrastruktur und Energieversorgung angeführt. Die Mittel zur Durchführung dieser Tätigkeiten sollen durch Erlöse aus dem Stiftungsvermögen, Einnahmen aus unternehmerischer Tätigkeit, sofern dies gesetzlich möglich ist, sowie Spenden, Erbschaften und Zu- und/oder Nachstiftungen aufgebracht werden.

Der Hinweis in der Präambel und in Punkt III. der Stiftungsurkunde auf das „heutige“ politische Gemeindegebiet bezieht sich auf die geplante Gemeindestrukturreform. Nach einem von der Steiermärkischen Landesregierung vom 21. November 2013 beschlossenen Entwurf eines Gesetzes über die Neugliederung der Gemeinden des Landes Steiermark (Steiermärkisches Gemeindestrukturreformgesetz) soll im politischen Bezirk M\*\*\*\*\* die Marktgemeinde N\*\*\*\*\* mit den Gemeinden D\*\*\*\*\*, K\*\*\*\*\*, M\*\*\*\*\*, P\*\*\*\*\*, S\*\*\*\*\* und Z\*\*\*\*\* zur Marktgemeinde N\*\*\*\*\* vereinigt werden. Die Gemeindestrukturreform soll bis zum Jahr 2015 umgesetzt sein.

Das Erstgericht trug den Antragstellern die Verbesserung ihres Antrags durch Vorlage einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung im Sinne des § 71 Abs 1 Steiermärkische Gemeindeordnung auf, weil die beabsichtigte Errichtung der Privatstiftung eine genehmigungspflichtige wirtschaftliche Unternehmung darstelle.

Mit Schreiben vom 16. Jänner 2014 verständigte das Land Steiermark, Abteilung 7, Fachabteilung Gemeinden, Wahlen und ländlicher Wegebau, das Erstgericht von der Eröffnung eines aufsichtsbehördlichen Verfahrens gemäß § 71 Abs 5 Steiermärkische Gemeindeordnung über die in der Sitzung des Gemeinderats am 5. Dezember 2013 beschlossene Gründung der

Gemeinnützigen Gemeinde-Privatstiftung N\*\*\*\*\* und die Übertragung sämtlicher der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* gehaltenen Geschäftsanteile an der GmbH im Wege einer Nachstiftung.

Am 22. Jänner 2014 nahm die Privatstiftung zum Verbesserungsauftrag des Erstgerichts dahin Stellung, dass eine aufsichtsbehördliche Genehmigung nicht erforderlich sei, weil sie keine wirtschaftliche Unternehmung im Sinne des § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung sei.

Das Erstgericht wies den Eintragungsantrag wegen Fehlens der notwendigen aufsichtsbehördlichen Genehmigung gemäß § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung ab. Die gewählte Konstruktion der Errichtung einer Privatstiftung durch die Gemeinde mit anschließender Übertragung der Anteile der Gemeinde an der GmbH im Wege einer Nachstiftung an die Privatstiftung lege den Verdacht einer Umgehung nahe, zumal die Nachstiftung im Firmenbuch bei der Privatstiftung zu keiner Eintragung führe und der Gesellschafterwechsel bei der GmbH selbst allenfalls nicht vom Firmenbuchgericht zu prüfen sei. Schon deshalb bedürfe die Errichtung der Privatstiftung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung nach § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung. Im Übrigen sei der Gesetzesbegriff der „wirtschaftlichen Unternehmung“ nicht an der Gewinnabsicht festzumachen; es sei vielmehr auf den Versorgungszweck von Gemeinden und die Kriterien des § 71 Abs 3 Steiermärkische Gemeindeordnung abzustellen.

Gegen diesen Beschluss erhoben die Privatstiftung und die drei Mitglieder des Stiftungsvorstands Rekurs.

Das Rekursgericht wies den Rekurs der Mitglieder des Stiftungsvorstands zurück und gab dem Rekurs der Privatstiftung nicht Folge.

Die Mitglieder des Vorstands seien im eigenen Namen nicht rekurslegitimiert. Die Anmeldung sei im Namen der Privatstiftung erfolgt; nur diese könne auch die Ablehnung der Eintragung bekämpfen.

In der Sache billigte das Rekursgericht die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts. Die gemeinsame Beschlussfassung über beide Rechtsgeschäfte in der selben Gemeinderatssitzung und die - im Einzelnen näher dargelegten - öffentlichen Wortmeldungen der federführend handelnden Personen in einem amtlichen Mitteilungsblatt der Gemeinde stünden einer zergliedernden Betrachtung der gewählten Vorgangsweise entgegen. Die Vornahme einer reinen Bargründung, die zur selben Zeit von der Stifterin beschlossene Nachstiftung und der primäre Grund für die Stiftungserrichtung würden die vom Erstgericht vorgenommene einheitliche Würdigung der gewählten Konstruktion gebieten.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil die Rekurslegitimation der Mitglieder des Stiftungsvorstands gegen die Ablehnung der Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch nicht abschließend geklärt sei. Zum anderen sei auch die Auffassung vertretbar, dass nur eine strikt getrennte Betrachtungsweise der einzelnen rechtsgeschäftlichen Schritte (Errichtung der Privatstiftung, Nachstiftung) im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde nach § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung zulässig sei.

Hiezu hat der Oberste Gerichtshof erwo-gen:

#### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revisionsreurse sind zulässig; sie sind aber nicht berechtigt.

1. Der Oberste Gerichtshof billigt die rechtliche Beurteilung des Rekursgerichts sowohl im Ergebnis als auch in der methodischen Ableitung, sodass uneingeschränkt darauf verwiesen werden kann (§ 71 Abs 3 AußStrG).

2.1. Wie schon das Rekursgericht zutreffend erkannt hat, sind gemäß § 15 Abs 2 FBG Rechtsträger, die ihre Rechtspersönlichkeit erst durch die Eintragung in das Firmenbuch erlangen, im Verfahren über die erste Eintragung parteifähig und werden von den vorgesehenen Organen vertreten. Dies gilt auch für die Privatstiftung, die gemäß § 7 Abs 1 PSG mit ihrer

Eintragung in das Firmenbuch entsteht. Die auf eine konstitutiv wirkende Eintragung gerichtete Anmeldung erfolgt im Namen der Privatstiftung; der Anmeldende ist in einem solchen Fall daher die Stiftung selbst, vertreten durch ihren Vorstand (6 Ob 49/07k; *G. Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 68 mwN und Rz 90 f; vgl auch *Koppenteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 9 Rz 4 mwN). Bei Ablehnung der Eintragung ist daher die Privatstiftung beschwert und als Partei (§ 2 Abs 1 Z 2 AußStrG iVm § 15 Abs 1 FBG) rekurs- und revisionsrekursberechtigt (*G. Kodek* aaO Rz 168 mwN; 6 Ob 49/07k).

2.2. Hingegen sind die Mitglieder des Vorstands durch die Entscheidung der Vorinstanzen nicht unmittelbar betroffen, sodass ihnen keine Parteistellung gemäß § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG zukommt. Auch diesbezüglich kann auf die zutreffenden Ausführungen des Rekursgerichts verwiesen werden.

2.3. Die Entscheidungen zu stiftungsrechtlichen Außerstreitverfahren außerhalb des eigentlichen Eintragungsverfahrens können auf die vorliegende Konstellation nicht übertragen werden. Nach § 27 PSG kommt - ebenso wie nach einzelnen anderen Bestimmungen des PSG - auch einzelnen Organmitgliedern Antrags- und Rekurslegitimation zu. Für das Eintragungsverfahren selbst besteht aber keine vergleichbare Vorschrift. Aus der selben Erwägung kann aus der Entscheidung 6 Ob 261/09i - entgegen der Ansicht der Revisionsrekurswerber - für den vorliegenden Fall nichts abgeleitet werden. Diese Entscheidung betraf nämlich die Eintragung einer vom Stiftungsvorstand gemäß § 33 Abs 3 PSG vorgenommenen Änderung der Stiftungsurkunde. In diesem Fall ergab sich die Rekurslegitimation des Gesamtvorstands als Organ aus der den Vorstand gemäß § 33 Abs 3 PSG treffenden Verpflichtung. Diese Aussage lässt sich daher nicht verallgemeinern.

2.4. Auch aus der Entscheidung 6 Ob 332/98m ist nichts Gegenteiliges abzuleiten. Diese Entscheidung betraf zwar gleichfalls einen Rekurs des Stiftungsvorstands gegen einen die Eintragung der neu errichteten Privatstiftung ablehnenden Beschluss. Die Frage der Rekurslegitimation ist in dieser Entscheidung jedoch nicht näher thematisiert. Dabei ist auch zu beachten, dass bloße Fehlbezeichnungen

in diesem Zusammenhang unschädlich sind. Vielmehr ist im Zweifel davon auszugehen, dass ein Rekurs von einem dazu Legitimierten erhoben wurde; erforderlichenfalls ist das Rechtsmittel entsprechend umzudeuten (vgl *G. Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 171). In diesem Sinne lässt sich ein von den Vorstandsmitgliedern gestellter Antrag auf Eintragung bzw ein von den Vorstandsmitgliedern erhobenes Rechtsmittel zwanglos als im Namen der selbst Parteistellung genießenden Privatstiftung erhobenes Rechtsmittel verstehen.

2.5. Aus dieser Auffassung entsteht auch kein Rechtsschutzdefizit, hat das Erstgericht doch ohnedies meritorisch über den Eintragungsantrag entschieden. Ebenso hat das Rekursgericht den Rekurs der Stiftung inhaltlich behandelt. Für eine daneben bestehende eigenständige Rekurslegitimation der Mitglieder des Stiftungsvorstands besteht in der vorliegenden Konstellation daher - wie das Rekursgericht zutreffend erkannte - kein Raum.

3.1. Auch in meritorischer Hinsicht ist die Rechtsansicht der Vorinstanzen nicht zu beanstanden:

3.2. Gemäß § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung bedürfen die Errichtung, Übernahme, Umwandlung, Veräußerung oder Auflösung sowie die Änderung des Unternehmensgegenstands wie auch die Beteiligung an einer wirtschaftlichen Unternehmung durch die Gemeinde der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Nach § 71 Abs 5 Steiermärkische Gemeindeordnung sind Beschlüsse der Gemeinde, die Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen im Sinne des Abs 4 betreffen, der Aufsichtsbehörde unverzüglich anzuzeigen und von dieser innerhalb von drei Monaten nach Einlangen des Antrags zu untersagen, wenn die in Abs 3 angeführten Voraussetzungen nicht erfüllt sind oder die Deckung der Kosten tatsächlich und rechtlich nicht gesichert ist. Wenn innerhalb dieser Frist eine Untersagung der Aufsichtsbehörde nicht erfolgt, gilt die aufsichtsbehördliche Genehmigung als erteilt. Im Falle von Sachverhaltserhebungen (zB Anforderung von Urkunden) und der Wahrung des Parteienghört wird verlängert sich diese Frist auf sechs Monate.

3.3. Die Genehmigung nach dieser Gesetzesstelle kann als rechtsgestaltende Entscheidung nur von der zuständigen Ge-

meinde-Aufsichtsbehörde getroffen und nicht von einer Entscheidung des Gerichts im Wege der Vorfragebeurteilung ersetzt werden. Eine vom Gericht zu beurteilende Vorfrage stellt lediglich die Frage dar, ob überhaupt eine Genehmigungspflicht nach § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung in Betracht kommt. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass durch die Entscheidung des Firmenbuchgerichts der Zweck des § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung nicht unterlaufen wird.

**3.4.** Insoweit ist die vorliegende Konstellation mit jenen Fällen vergleichbar, in denen die Eintragung im Grundbuch vom Erfordernis einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung abhängt. Nach ständiger Rechtsprechung hat das Grundbuchgericht keine Möglichkeit, allfällige Zweifel am Erfordernis einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung auszuräumen. Vielmehr sind die Voraussetzungen der grundverkehrsbehördlichen Zustimmungspflicht allein von der Grundverkehrsbehörde zu beurteilen (5 Ob 2107/96f; 5 Ob 68/08y; RIS-Justiz RS0081755; vgl auch RS0066162). Ist fraglich, ob ein bestimmtes Landesgrundverkehrsgesetz anzuwenden ist, muss es der Grundverkehrsbehörde überlassen bleiben, die Entscheidung über das anzuwendende Recht zu treffen. Dem Grundbuchgericht kommt insoweit keine Entscheidungskompetenz zu; es hat den Zweifel an der Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtserwerbs dadurch Rechnung zu tragen, dass es die Verbücherung von der Vorlage eines Genehmigungsbescheids der Grundverkehrsbehörde oder einer sonst die Zweifel beseitigenden Bestätigung abhängig macht (RIS-Justiz RS0066165).

**3.5.** Damit besteht für eine abschließende Auslegung der Genehmigungspflicht nach § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung durch die Gerichte kein Raum. Es genügt vielmehr, dass es nicht denkmöglich ist, den vorliegenden Sachverhalt unter § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung zu subsumieren. Dafür spricht nicht nur der von den Vorinstanzen hervorgehobene zeitliche Zusammenhang zwischen dem Beschluss auf Errichtung der Privatstiftung und der gleichzeitig beschlossenen Nachstiftung, sondern auch der inhaltliche Zusammenhang zwischen beiden Vorgängen, soll die Privatstiftung doch offenbar primär der

Sicherstellung des Weiterbetriebs der GmbH zu Gunsten der im „heutigen“ politischen Gemeindegebiet der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* lebenden Bürger dienen. Dieser Zusammenhang ist umso mehr zu bejahen, als nach § 71 Abs 5 Steiermärkische Gemeindeordnung die Genehmigungspflicht schon dann besteht, wenn ein Beschluss der Gemeinde Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen im Sinne des Abs 4 „betrifft“.

**3.6.** Das Erstgericht hat ohnedies im Rahmen eines Verbesserungsauftrags der Privatstiftung Gelegenheit gegeben, die gemeindeaufsichtsbehördliche Genehmigung nachzureichen. Der Vollständigkeit halber ist im Übrigen darauf zu verweisen, dass ein Verbesserungsverfahren bei fehlenden Urkunden in der Regel dann nicht in Betracht kommt, wenn diese überhaupt erst errichtet werden müssen (*G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 17 Rz 22), sofern die Beschaffung der - erst zu erstellenden - Urkunden nicht ganz leicht möglich ist (*G. Kodek aaO*).

**4.** Der angefochtene Beschluss erweist sich daher als frei von Rechtsirrtum, sodass den unbegründeten Revisionsrekursen ein Erfolg zu versagen war.

## Parteistellung bei der Ablehnung der Eintragung einer Privatstiftung

1. Gemäß § 15 Abs 2 FBG sind Rechtsträger, die ihre Rechtspersönlichkeit erst durch die Eintragung in das Firmenbuch erlangen, im Verfahren über die erste Eintragung parteifähig und werden von den vorgesehenen Organen vertreten. Dies gilt auch für die Privatstiftung, die gemäß § 7 Abs 1 PSG mit ihrer Eintragung in das Firmenbuch entsteht. PSG: §§ 7, 15
2. Die Mitglieder des Vorstands sind im Eintragungsverfahren der Privatstiftung durch die Ablehnung der Eintragung nicht unmittelbar betroffen, sodass ihnen keine Parteistellung zukommt. OGH 26.06.2014, 6 Ob 73/14z

### Spruch

Den Revisionsrekursen wird nicht Folge gegeben.

### Text

#### Begründung:

Die Marktgemeinde N\*\*\*\*\* ist alleinige Gesellschafterin der „Marktgemeinde N\*\*\*\*\* Versorgungsbetriebsgesellschaft mbH“ mit einem voll eingezahlten Stammkapital von 300.000 EUR. Mit Schriftsatz vom 20. Dezember 2013 stellten E\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* Dr. W\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\* und G\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\* als erste Mitglieder des Stiftungsvorstands den Antrag auf Eintragung der von der Stifterin Marktgemeinde N\*\*\*\*\* am 5. Dezember 2013 errichteten Gemeinnützigen Gemeinde-Privatstiftung N\*\*\*\*\* in das Firmenbuch und auf Bestellung eines Stiftungsprüfers durch das Gericht.

Der Gemeinderat der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* beschloss in seiner Sitzung vom 5. Dezember 2013 die Gründung der Gemeinnützigen Gemeinde-Privatstiftung N\*\*\*\*\* nach den Bestimmungen des PSG mit einer Kapitalausstattung von 70.000 EUR. Weiters beschloss der Gemeinderat die Übertragung sämtlicher von der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* gehaltenen Geschäftsanteile an der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* Versorgungsbetriebsgesellschaft mbH („E-Werk“) im Wege einer Nachstiftung.

Nach der Präambel der Stiftungserklärung soll mit Errichtung dieser Stiftung gewährleistet werden, dass die über Jahre aufgebaute Marktgemeinde N\*\*\*\*\* Versorgungsbetriebsgesellschaft mbH auch in Zukunft überwiegend den Bürgern und Bürgerinnen zu Gute kommt, die in der Region leben, die dem heutigen politischen Gemeindegebiet der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* entspricht. Damit soll eine von politischen Einflüssen losgelöste und unabhängige Verwaltung sowie der Weiterbetrieb der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* Versorgungsbetriebsgesellschaft

mbH gewährleistet werden, all dies zum Wohl der Allgemeinheit.

In Punkt III. „Stiftungszweck“ ist unter anderem die Erhaltung der örtlichen Infrastruktur und Energieversorgung angeführt. Die Mittel zur Durchführung dieser Tätigkeiten sollen durch Erlöse aus dem Stiftungsvermögen, Einnahmen aus unternehmerischer Tätigkeit, sofern dies gesetzlich möglich ist, sowie Spenden, Erbschaften und Zu- und/oder Nachstiftungen aufgebracht werden.

Der Hinweis in der Präambel und in Punkt III. der Stiftungsurkunde auf das „heutige“ politische Gemeindegebiet bezieht sich auf die geplante Gemeindestrukturreform. Nach einem von der Steiermärkischen Landesregierung vom 21. November 2013 beschlossenen Entwurf eines Gesetzes über die Neugliederung der Gemeinden des Landes Steiermark (Steiermärkisches Gemeindestrukturreformgesetz) soll im politischen Bezirk M\*\*\*\*\* die Marktgemeinde N\*\*\*\*\* mit den Gemeinden D\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* M\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* und Z\*\*\*\*\* zur Marktgemeinde N\*\*\*\*\* vereinigt werden. Die Gemeindestrukturreform soll bis zum Jahr 2015 umgesetzt sein.

Das Erstgericht trug den Antragstellern die Verbesserung ihres Antrags durch Vorlage einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung im Sinne des § 71 Abs 1 Steiermärkische Gemeindeordnung auf, weil die beabsichtigte Errichtung der Privatstiftung eine genehmigungspflichtige wirtschaftliche Unternehmung darstelle.

Mit Schreiben vom 16. Jänner 2014 verständigte das Land Steiermark, Abteilung 7, Fachabteilung Gemeinden, Wahlen und ländlicher Wegebau, das Erstgericht von der Eröffnung eines aufsichtsbehördlichen Verfahrens gemäß § 71 Abs 5 Steiermärkische Gemeindeordnung über die in der Sitzung des Gemeinderats am 5. Dezember 2013 beschlossene Gründung der

Gemeinnützigen Gemeinde-Privatstiftung N\*\*\*\*\* und die Übertragung sämtlicher der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* gehaltenen Geschäftsanteile an der GmbH im Wege einer Nachstiftung.

Am 22. Jänner 2014 nahm die Privatstiftung zum Verbesserungsauftrag des Erstgerichts dahin Stellung, dass eine aufsichtsbehördliche Genehmigung nicht erforderlich sei, weil sie keine wirtschaftliche Unternehmung im Sinne des § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung sei.

Das Erstgericht wies den Eintragungsantrag wegen Fehlens der notwendigen aufsichtsbehördlichen Genehmigung gemäß § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung ab. Die gewählte Konstruktion der Errichtung einer Privatstiftung durch die Gemeinde mit anschließender Übertragung der Anteile der Gemeinde an der GmbH im Wege einer Nachstiftung an die Privatstiftung lege den Verdacht einer Umgehung nahe, zumal die Nachstiftung im Firmenbuch bei der Privatstiftung zu keiner Eintragung führe und der Gesellschafterwechsel bei der GmbH selbst allenfalls nicht vom Firmenbuchgericht zu prüfen sei. Schon deshalb bedürfe die Errichtung der Privatstiftung einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung nach § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung. Im Übrigen sei der Gesetzesbegriff der „wirtschaftlichen Unternehmung“ nicht an der Gewinnabsicht festzumachen; es sei vielmehr auf den Versorgungszweck von Gemeinden und die Kriterien des § 71 Abs 3 Steiermärkische Gemeindeordnung abzustellen.

Gegen diesen Beschluss erhoben die Privatstiftung und die drei Mitglieder des Stiftungsvorstands Rekurs.

Das Rekursgericht wies den Rekurs der Mitglieder des Stiftungsvorstands zurück und gab dem Rekurs der Privatstiftung nicht Folge.

Die Mitglieder des Vorstands seien im eigenen Namen nicht rekurslegitimiert. Die Anmeldung sei im Namen der Privatstiftung erfolgt; nur diese könne auch die Ablehnung der Eintragung bekämpfen.

In der Sache billigte das Rekursgericht die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts. Die gemeinsame Beschlussfassung über beide Rechtsgeschäfte in der selben Gemeinderatssitzung und die - im Einzelnen näher dargelegten - öffentlichen Wortmeldungen der federführend handelnden Personen in einem amtlichen Mitteilungsblatt der Gemeinde stünden einer zergliedernden Betrachtung der gewählten Vorgangsweise entgegen. Die Vornahme einer reinen Bargründung, die zur selben Zeit von der Stifterin beschlossene Nachstiftung und der primäre Grund für die Stiftungerrichtung würden die vom Erstgericht vorgenommene einheitliche Würdigung der gewählten Konstruktion gebieten.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil die Rekurslegitimation der Mitglieder des Stiftungsvorstands gegen die Ablehnung der Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch nicht abschließend geklärt sei. Zum anderen sei auch die Auffassung vertretbar, dass nur eine strikt getrennte Betrachtungsweise der einzelnen rechtsgeschäftlichen Schritte (Errichtung der Privatstiftung, Nachstiftung) im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde nach § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung zulässig sei.

Hiezu hat der Oberste Gerichtshof erwo-gen:

#### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revisionsreurse sind zulässig; sie sind aber nicht berechtigt.

1. Der Oberste Gerichtshof billigt die rechtliche Beurteilung des Rekursgerichts sowohl im Ergebnis als auch in der methodischen Ableitung, sodass uneingeschränkt darauf verwiesen werden kann (§ 71 Abs 3 AußStrG).

2.1. Wie schon das Rekursgericht zutreffend erkannt hat, sind gemäß § 15 Abs 2 FBG Rechtsträger, die ihre Rechtspersönlichkeit erst durch die Eintragung in das Firmenbuch erlangen, im Verfahren über die erste Eintragung parteifähig und werden von den vorgesehenen Organen vertreten. Dies gilt auch für die Privatstiftung, die gemäß § 7 Abs 1 PSG mit ihrer

Eintragung in das Firmenbuch entsteht. Die auf eine konstitutiv wirkende Eintragung gerichtete Anmeldung erfolgt im Namen der Privatstiftung; der Anmeldende ist in einem solchen Fall daher die Stiftung selbst, vertreten durch ihren Vorstand (6 Ob 49/07k; *G. Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 68 mwN und Rz 90 f; vgl auch *Koppenteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 9 Rz 4 mwN). Bei Ablehnung der Eintragung ist daher die Privatstiftung beschwert und als Partei (§ 2 Abs 1 Z 2 AußStrG iVm § 15 Abs 1 FBG) rekurs- und revisionsrekursberechtigt (*G. Kodek* aaO Rz 168 mwN; 6 Ob 49/07k).

2.2. Hingegen sind die Mitglieder des Vorstands durch die Entscheidung der Vorinstanzen nicht unmittelbar betroffen, sodass ihnen keine Parteistellung gemäß § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG zukommt. Auch diesbezüglich kann auf die zutreffenden Ausführungen des Rekursgerichts verwiesen werden.

2.3. Die Entscheidungen zu stiftungsrechtlichen Außerstreitverfahren außerhalb des eigentlichen Eintragungsverfahrens können auf die vorliegende Konstellation nicht übertragen werden. Nach § 27 PSG kommt - ebenso wie nach einzelnen anderen Bestimmungen des PSG - auch einzelnen Organmitgliedern Antrags- und Rekurslegitimation zu. Für das Eintragungsverfahren selbst besteht aber keine vergleichbare Vorschrift. Aus der selben Erwägung kann aus der Entscheidung 6 Ob 261/09i - entgegen der Ansicht der Revisionsrekurswerber - für den vorliegenden Fall nichts abgeleitet werden. Diese Entscheidung betraf nämlich die Eintragung einer vom Stiftungsvorstand gemäß § 33 Abs 3 PSG vorgenommenen Änderung der Stiftungsurkunde. In diesem Fall ergab sich die Rekurslegitimation des Gesamtvorstands als Organ aus der den Vorstand gemäß § 33 Abs 3 PSG treffenden Verpflichtung. Diese Aussage lässt sich daher nicht verallgemeinern.

2.4. Auch aus der Entscheidung 6 Ob 332/98m ist nichts Gegenteiliges abzuleiten. Diese Entscheidung betraf zwar gleichfalls einen Rekurs des Stiftungsvorstands gegen einen die Eintragung der neu errichteten Privatstiftung ablehnenden Beschluss. Die Frage der Rekurslegitimation ist in dieser Entscheidung jedoch nicht näher thematisiert. Dabei ist auch zu beachten, dass bloße Fehlbezeichnungen

in diesem Zusammenhang unschädlich sind. Vielmehr ist im Zweifel davon auszugehen, dass ein Rekurs von einem dazu Legitimierten erhoben wurde; erforderlichenfalls ist das Rechtsmittel entsprechend umzudeuten (vgl *G. Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 15 Rz 171). In diesem Sinne lässt sich ein von den Vorstandsmitgliedern gestellter Antrag auf Eintragung bzw ein von den Vorstandsmitgliedern erhobenes Rechtsmittel zwanglos als im Namen der selbst Parteistellung genießenden Privatstiftung erhobenes Rechtsmittel verstehen.

2.5. Aus dieser Auffassung entsteht auch kein Rechtsschutzdefizit, hat das Erstgericht doch ohnedies meritorisch über den Eintragungsantrag entschieden. Ebenso hat das Rekursgericht den Rekurs der Stiftung inhaltlich behandelt. Für eine daneben bestehende eigenständige Rekurslegitimation der Mitglieder des Stiftungsvorstands besteht in der vorliegenden Konstellation daher - wie das Rekursgericht zutreffend erkannte - kein Raum.

3.1. Auch in meritorischer Hinsicht ist die Rechtsansicht der Vorinstanzen nicht zu beanstanden:

3.2. Gemäß § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung bedürfen die Errichtung, Übernahme, Umwandlung, Veräußerung oder Auflösung sowie die Änderung des Unternehmensgegenstands wie auch die Beteiligung an einer wirtschaftlichen Unternehmung durch die Gemeinde der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Nach § 71 Abs 5 Steiermärkische Gemeindeordnung sind Beschlüsse der Gemeinde, die Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen im Sinne des Abs 4 betreffen, der Aufsichtsbehörde unverzüglich anzuzeigen und von dieser innerhalb von drei Monaten nach Einlangen des Antrags zu untersagen, wenn die in Abs 3 angeführten Voraussetzungen nicht erfüllt sind oder die Deckung der Kosten tatsächlich und rechtlich nicht gesichert ist. Wenn innerhalb dieser Frist eine Untersagung der Aufsichtsbehörde nicht erfolgt, gilt die aufsichtsbehördliche Genehmigung als erteilt. Im Falle von Sachverhaltserhebungen (zB Anforderung von Urkunden) und der Wahrung des Parteienghört wird verlängert sich diese Frist auf sechs Monate.

3.3. Die Genehmigung nach dieser Gesetzesstelle kann als rechtsgestaltende Entscheidung nur von der zuständigen Ge-

meinde-Aufsichtsbehörde getroffen und nicht von einer Entscheidung des Gerichts im Wege der Vorfragebeurteilung ersetzt werden. Eine vom Gericht zu beurteilende Vorfrage stellt lediglich die Frage dar, ob überhaupt eine Genehmigungspflicht nach § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung in Betracht kommt. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass durch die Entscheidung des Firmenbuchgerichts der Zweck des § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung nicht unterlaufen wird.

**3.4.** Insoweit ist die vorliegende Konstellation mit jenen Fällen vergleichbar, in denen die Eintragung im Grundbuch vom Erfordernis einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung abhängt. Nach ständiger Rechtsprechung hat das Grundbuchgericht keine Möglichkeit, allfällige Zweifel am Erfordernis einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung auszuräumen. Vielmehr sind die Voraussetzungen der grundverkehrsbehördlichen Zustimmungspflicht allein von der Grundverkehrsbehörde zu beurteilen (5 Ob 2107/96f; 5 Ob 68/08y; RIS-Justiz RS0081755; vgl auch RS0066162). Ist fraglich, ob ein bestimmtes Landesgrundverkehrsgesetz anzuwenden ist, muss es der Grundverkehrsbehörde überlassen bleiben, die Entscheidung über das anzuwendende Recht zu treffen. Dem Grundbuchgericht kommt insoweit keine Entscheidungskompetenz zu; es hat den Zweifeln an der Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtserwerbs dadurch Rechnung zu tragen, dass es die Verbücherung von der Vorlage eines Genehmigungsbescheids der Grundverkehrsbehörde oder einer sonst die Zweifel beseitigenden Bestätigung abhängig macht (RIS-Justiz RS0066165).

**3.5.** Damit besteht für eine abschließende Auslegung der Genehmigungspflicht nach § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung durch die Gerichte kein Raum. Es genügt vielmehr, dass es nicht denkmöglich ist, den vorliegenden Sachverhalt unter § 71 Abs 4 Steiermärkische Gemeindeordnung zu subsumieren. Dafür spricht nicht nur der von den Vorinstanzen hervorgehobene zeitliche Zusammenhang zwischen dem Beschluss auf Errichtung der Privatstiftung und der gleichzeitig beschlossenen Nachstiftung, sondern auch der inhaltliche Zusammenhang zwischen beiden Vorgängen, soll die Privatstiftung doch offenbar primär der

Sicherstellung des Weiterbetriebs der GmbH zu Gunsten der im „heutigen“ politischen Gemeindegebiet der Marktgemeinde N\*\*\*\*\* lebenden Bürger dienen. Dieser Zusammenhang ist umso mehr zu bejahen, als nach § 71 Abs 5 Steiermärkische Gemeindeordnung die Genehmigungspflicht schon dann besteht, wenn ein Beschluss der Gemeinde Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen im Sinne des Abs 4 „betrifft“.

**3.6.** Das Erstgericht hat ohnedies im Rahmen eines Verbesserungsauftrags der Privatstiftung Gelegenheit gegeben, die gemeindeaufsichtsbehördliche Genehmigung nachzureichen. Der Vollständigkeit halber ist im Übrigen darauf zu verweisen, dass ein Verbesserungsverfahren bei fehlenden Urkunden in der Regel dann nicht in Betracht kommt, wenn diese überhaupt erst errichtet werden müssen (*G. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 17 Rz 22), sofern die Beschaffung der - erst zu erstellenden - Urkunden nicht ganz leicht möglich ist (*G. Kodek aaO*).

**4.** Der angefochtene Beschluss erweist sich daher als frei von Rechtsirrtum, sodass den unbegründeten Revisionsrekursen ein Erfolg zu versagen war.