

**PER EMAIL**

Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

**bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH**

Univ. Prof. Dr. Hanns F. Hügel RA  
Dr. Rainer Roniger LL.M. (LSE) RA (†2006)  
Dr. Florian Gibitz LL.M. (Michigan) RA  
Prof. Dr. Rudolf Beck RA  
Dr. Bernhard Schatz RA  
Priv.-Doz. DDr. Christian F. Schneider RA  
MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber RA  
Mag. Georg Rupprecht RA  
Dr. Elke Napokoj LL.M. (London) RA  
Dr. Florian Neumayr LL.M. (Nottingham) RA  
Mag. Stefan Gaug LL.M. (Manchester) RA  
Ass. iur. Florian Plattner RA  
Mag. Thomas Lettau LL.M. (Cape Town) RA  
MMag. Barbara Pogacar RA  
Mag. Gerhard Fussenegger LL.M. (London) RA  
Mag. Gerald Schachner RA, SIB  
Dr. Sonja Dürager LL.M. (IT-Law) RA  
Dr. Christoph Nauer LL.M. (Int' Tax Law) RA  
Dr. Michaela Pelinka LL.M. (Krems) RA  
Dr. Ingmar Etzersdorfer RA  
Dr. Kornelia Wittmann LL.M. (Int' Tax Law)  
RA (RAK München), SIB  
Dr. Franz Stenitzer LL.M. (Brügge) RA  
Mag. Dominik Geyer LL.M. (Wien) RA  
Dr. Verena Hügel RA  
Mag. Tamara Gaggi RA  
Dr. Daniel Reiter RA  
Ing. Dr. Christian Macho MSc RA  
Mag. Anna Schmallegger RA  
Dr. Anna Walbert-Satek RA  
Mag. Hanns D. Hügel RA  
Mag. Walter Niedermüller RA  
Dr. Walter Loukota RA, SIB

Enzersdorferstraße 4  
2340 Mödling  
Tel. +43 (0)2236 893 377  
Fax +43 (0)2236 893 377-40

FN 464013 y | ATU71806236

office@bpv-huegel.com  
www.bpv-huegel.com

Mödling, 7. August 2017

psg-nov 2017.docx

**Entwurf der PSG-Novelle 2017**

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem veröffentlichten Ministerialentwurf der PSG-Novelle 2017 nehme ich wie folgt Stellung.

**A. Zusammenfassung der Kernaussagen – „Executive Summary“**

Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden folgende Kernaussagen meiner Stellungnahme, die nachstehend (unter C) näher begründet werden, zu Beginn hervorgehoben:

Ausgangspunkt sind die in der Einleitung des „Allgemeinen Teils“ der Erläuterungen niedergelegten Zielsetzungen der Novelle. Diese sind ausnahmslos zu unterstreichen:

Die Privatstiftung sollte von Anfang an als Unternehmensstiftung (Holding-Stiftung) für Familienunternehmen dienen. Um diesen Zweck zu erreichen, muss den Begünstigten (und dem Stifter) die Beherrschung der Privatstiftung ermöglicht werden. Zu Recht betonen die Erläuterungen die gesetzliche Anerkennung der „kontrollierten Privatstiftung“. Die Beherrschung wird – wie bei der Aktiengesellschaft – durch die Organbestellungs- und -abberufungskompetenzen sowie die Mitwirkung von Stifter und Begünstigten in Stiftungsorganen (Beirat) ermöglicht. Dies war Vertrauensgrundlage der Einbringung namhafter Familienunternehmen in Privatstiftungen. Die „Funktionsfähigkeit“ der Privatstiftung ist auch und vor allem ein volkswirtschaftliches Anliegen, besteht doch das Vermögen der

Privatstiftungen „überwiegend in Beteiligungen an österreichischen Unternehmen“ (Erläuterungen: „Privatstiftungen sind stabile Gesellschafter und Kernaktionäre“). All dies ist nachhaltig zu unterstreichen.

Die nach dem Stammgesetz durch die Judikatur bewirkte „Rechtsfortentwicklung“ (so die Erläuterungen) hat die Beherrschung durch Stifter und Begünstigte (im Folgenden „**Familie**“ oder „**Familienmitglieder**“) beeinträchtigt (Stichworte: Beiratsentscheidung, Vorstandsentscheidung, nach Korrektur der Judikatur durch das BBG 2011 durch die – dessen *telos* nicht beachtende – Judikatur zur Aufrechterhaltung der „paritätischen“ Besetzung eines AR-ähnlichen Beirats). Durch schwere Eingriffe in die Stiftungsorganisationen hat die Judikatur die „Rechtssicherheit“ (Erläuterungen zum Entwurf) im Rahmen des Stiftungsrechts erschüttert, zu erheblichen Nachteilen gegenüber ausländischen – konkurrierenden – Stiftungsrechtsordnungen geführt und das Vertrauen in die Stabilität und Verlässlichkeit des österreichischen Stiftungsrechts durch die Notwendigkeit mehrfacher Anpassungen der Stiftungserklärungen (Erläuterungen: „Selbstbeschäftigung der Privatstiftungen in Angelegenheiten der Governance“) schwer erschüttert.

Zusätzlich hat der Grundfehler des PSG – die zwingende Besetzung des Stiftungsvorstands mit nicht unter § 15 Abs 2 PSG fallenden Personen (im Folgenden „**Familienfremden**“) – im Zusammenhang mit der Judikatur zum AR-ähnlichen Beirat zu einem Organaufwand der Stiftungen geführt, der selbst jenen einer Aktiengesellschaft weit übersteigt. Dies ist nicht nur (aber immerhin auch) eine Kostenfrage, sondern auch kaum eine Familie hat ein ausreichendes persönliches Vertrauensverhältnis zu einer Anzahl von familienfremden Personen, die ausreicht, nicht nur einen dreigliedrigen Stiftungsvorstand zu besetzen, sondern auch noch die paritätische Besetzung eines häufig mit mehreren Familienstämmen besetzten Stiftungsbeirats mit solchen familienfremden Personen zu ermöglichen, denen Einblick in die höchst privaten Verhältnisse und Verwaltung des Stiftungsvermögens zu eröffnen ist<sup>1</sup>.

Wesentliche in den Erläuterungen zum Entwurf betonte Zielsetzungen werden hier wiederholt und unterstrichen. Dies ist erforderlich,

- um darzulegen, welche Regelungen des Entwurfs als erster, wichtiger Schritt zur Reform des PSG wertvolle Verbesserungen bewirken,
- aber auch, um zu begründen, warum einzelne Änderungen des Entwurfs im Lichte seiner Zielsetzungen nicht weit genug gehen und
- dass eine Regelung des Entwurfs wie im Gefolge der kritisierten Judikatur erneut dramatisch in Stiftungsorganisationen eingreifen und entweder wiederum Änderungen der Stiftungsurkunden erzwingen oder – in manchen Fällen, in denen dies nicht möglich ist – sogar zu Machtverschiebungen, die dem Stifterwillen widersprechen, führen würde.

In diesem Sinne sollen – als vorweggenommene Zusammenfassung der näher begründeten, nachstehenden Anmerkungen – folgende positive Änderungen, aber auch noch notwendige Verbesserungen und Korrekturen hervorgehoben werden:

<sup>1</sup> Zur Bedeutung der Privatstiftung als Unternehmensstiftung sowie zur untragbaren Rechtsentwicklung, die in den Erläuterungen stichwortartig angedeutet wird, im Einzelnen *Hügel/Aschauer*, Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 227, 246-252 (als Anlage beigefügt).

- **Reduktion des Organaufwands:** Die Zulassung eines ein- oder zweigliedrigen Vorstands (§ 15 Abs 1 Satz 1<sup>2</sup>) ist im Interesse der Reduktion des zu hohen Organaufwands außerordentlich zu begrüßen. Allerdings würde ein Zwang zu einem Aufsichtsorgan im Falle des eingliedrigen Vorstands (§ 22 Abs 2 Z 3) diese Verbesserung „zur Hälfte“ entwerten; der eingliedrige Vorstand wäre bedeutungslos, weil ein zweigliedriger Vorstand ohne Aufsichtsorgan dann eine „sparsamere“ Organstruktur ermöglicht. Ob ein Aufsichtsorgan benötigt wird, ist alleine Entscheidung des Stifters. Für einen zwingenden Eingriff in seine Privatautonomie besteht kein rechtfertigender Grund.
- **Mindestbestellungsdauer:** Die Reduktion der Mindestbestellungsdauer auf zwei Jahre für den Vorstand ist zu begrüßen (§ 15 Abs 4).
- **Keine Mindestgröße des Aufsichtsorgans:** Steht es von den Fällen der Mitbestimmung dem Stifter im Allgemeinen frei, ein Aufsichtsorgan anzuordnen oder dies zu unterlassen, existiert – wieder vor dem Prinzip der Privatautonomie des Stifters – kein Grund, dem Stifter eine Mindestgröße des Aufsichtsorgans von drei Personen vorzuschreiben (§ 23 Abs 1).
- **Kein Zwang zu Familienfremden im Aufsichtsorgan:** Die Korrektur der paritätischen Besetzung des AR-ähnlichen Beirats (nunmehr „Aufsichtsorgan“) nach der Judikatur ist zwar im Sinne der Reduktion des Organaufwands ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung; der Entwurf geht aber nicht weit genug: Jedenfalls beim freiwilligen (nicht mitbestimmten) Aufsichtsorgan existiert wiederum kein Grund, dem Stifter eine „Drittelbeteiligung familienfremder Mitglieder“ zu oktroyieren (§ 23 Abs 3). Auch dies verstößt gegen die Privatautonomie des Stifters, der die Einrichtung eines Aufsichtsorgans ja auch unterlassen könnte (§ 23 Abs 1).
- **Entlastung:** Die Zulassung der haftungsbefreienden Entlastung (§ 25 Abs 3 Z 3) ist uneingeschränkt zu begrüßen.
- **Entscheidung über Zuwendungen:** Die ausdrückliche Zulassung der Kompetenz zur Festlegung der Zuwendungen an Begünstigte, an ein Aufsichtsorgan oder eine Stelle (§ 5 Abs 3) beseitigt eine der unangenehmsten – und im Falle einer Unternehmensträgerstiftung eines Familienunternehmens untragbare – Unsicherheit der gegenwärtigen Rechtslage (§ 5 Abs 3; widersprüchlich allerdings § 25 Abs 3 Z 4: „Erstattung von Vorschlägen für Zuwendungen“).
- **Verbot von Mehrstimmrechten im Aufsichtsorgan:** Strikt abzulehnen ist das Verbot von Mehrstimmrechten im Aufsichtsorgan (§ 28 Abs 2): Zahlreiche existierende Stiftungsurkunden räumen dem Hauptstifter aber auch gelegentlich familienfremden Mitgliedern eines Beirats Mehrstimmrechte ein, um – trotz eines implementierten Stimmgegengewichts gegen die Familienmitglieder im Beirat – zu große Beiräte zu verhindern und die Einschaltung von zu vielen familienfremden Personen (siehe oben: Auswahlproblem) zu vermeiden. § 28 Abs 2 würde – wo durchführbar – dramatische Änderungen der Stiftungsurkunden erfordern und – wo dies nicht möglich ist – im Wege des gesetzlichen Entzugs von Stimmrechten zu Machtverschiebungen zwischen Familienstämmen, führen, häufig zu Lasten des Stifters, der das Vermögen oder Familienunternehmen an die Stiftung übertragen hat.

---

<sup>2</sup> Paragraphenangaben ohne Gesetzesbezeichnung beziehen sich auf die Bestimmungen des Entwurfs der Novelle.

## B. § 15 Abs 2 PSG als schwerwiegender „Grundfehler“ der Foundation Governance

Aus Gründen der Vollständigkeit und wegen des Gewichts der Regelung<sup>3</sup> soll aus Anlass der bevorstehenden Novellierung darauf hingewiesen werden, dass der schwerwiegendste rechtspolitische Fehler des PSG in dem Ausschluss der Begünstigten und ihrer Verwandten von der Tätigkeit im Vorstand (§ 15 Abs 2 PSG) liegt. Die Regelung wurde schon frühzeitig von *Strasser* als „*unverständliche Fehlkonstruktion*“ bezeichnet<sup>4</sup> und auch von *Peter Doralt*<sup>5</sup> und von *mir* kritisiert<sup>6</sup>. Sie löst zudem auch bei ausländischen Stiftungsrechtsexperten Verwunderung und Kritik aus<sup>7</sup>. Diese Kritiken werden gerade durch die Novelle bestätigt.

Im Einzelnen:

- Die in den ErlRV zur Stammfassung des § 15 Abs 2 PSG gegebene Begründung der Wahrung der „Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung“ ist (a) ein unberechtigter Eingriff in die Privatautonomie des Stifters. (b) kann den totalen Ausschluss der Familie von der Vorstandsfunktion, der eine schwere Beeinträchtigung der Funktion der Privatstiftung als Unternehmensstiftung begründet, keinesfalls rechtfertigen und ist (c) überdies durch die Novelle überholt:
  - (a) Die (nicht gemeinnützige) Privatstiftung ist ein vom Stifter ausschließlich im Interesse der Begünstigten begründeter und auszugestaltender Verband (Korporationsform). Interessen Dritter oder öffentliche Interessen (vom Fall der Mitbestimmung abgesehen), die eine Beschränkung der Stifterautonomie – etwa bei der Ausgestaltung der Privatstiftung – rechtfertigen könnten, existieren nicht.
  - Folglich hat die „Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung“ nicht Regulationsgegenstand des (zwingenden) Gesetzes zu sein, sondern ob und welche Entscheidungsbefugnisse den Begünstigten im Zusammenhang mit den ihnen zukommenden Zuwendungen eingeräumt werden sollen, unterliegt ausschließlich der privatautonomen Regelung durch den Stifter, der das Stiftungsvermögen und seine Erträge ja auch direkt an seine Familie vererben könnte.
  - Rätselhaft ist denn auch, wen § 15 Abs 2 PSG schützen soll? Den in Stiftungsgestaltungen unerfahrenen Stifter? Interessen Dritter oder öffentliche Interessen sind erstens irrelevant und wären zweitens durch die Verteilung von Zuwendungen nicht berührt.
- (b) Selbst wenn man den verfehlten Gesetzeszweck der „Objektivität bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung“ in Betracht ziehen wollte, so rechtfertigt dies nicht den Ausschluss der Familie von jeglichen Leitungs- und Geschäftsführungsentscheidungen der

<sup>3</sup> § 15 Abs 2 PSG (und § 23 Abs 2 PSG) sind jene Regelungen, die für den OGH die Analogiebasis bildeten, die begünstigten-dominierte Privatstiftung abzulehnen und den Begünstigteneinfluss in seiner Judikatur zurückzudrängen. Im Einzelnen *Hügel*, aaO.

<sup>4</sup> Gedanken zu einem aus Begünstigten zusammengesetzten Beirat einer Privatstiftung, JBI 2000, 487 (490).

<sup>5</sup> Zur Bestellung der Vorstandsmitglieder und des Stiftungsprüfers bei Privatstiftungen durch Begünstigte oder ein von Begünstigten gebildetes Gremium, GesRZ 1997, 125 ff.

<sup>6</sup> In *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 247 ff (als Anlage beigelegt).

<sup>7</sup> Bloß exemplarisch sei hier auf die profunde rechtsvergleichende Analyse von *Jakob* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts V<sup>4</sup> § 119 Rz 115 verwiesen.

Privatstiftung! Wenn die Zuwendungsentscheidungen dem Vorstand zukommen, so handelt es sich doch lediglich um einen begrenzten Ausschnitt der weit umfangreicheren Vorstandskompetenzen und –aufgaben.

Die Eignung der Privatstiftung als Unternehmensstiftung wird durch § 15 Abs 2 PSG dramatisch eingeschränkt.

- (c) Schließlich ist zu beachten, dass die in den ErlRV zur Stammfassung genannte *ratio legis* der „Objektivität der Vollziehung der Zuwendungsregelungen“ gerade durch die vorliegende Novelle überholt ist, weil die Novelle – zu Recht! – die Möglichkeit eröffnet, den Begünstigten Einfluss auf die Höhe der Zuwendungen einzuräumen (§ 5 Abs 3). Alles andere ist kontraproduktiv im Zusammenhang mit der Funktion der Privatstiftung als Unternehmensstiftung, muss doch die Familie ihre im Rahmen der Familiengesellschaft gegebene direkte Einflussnahme auf Ausschüttungen gegenwärtig gegen den nur mittelbaren Einfluss auf Ausschüttungsentscheidungen eines diesbezüglich unabhängigen Stiftungsvorstands eintauschen. Dass diese Situation durch die Novelle beseitigt wird, ist ein erheblicher Fortschritt. Die (ohnehin von Anbeginn verfehlte) *ratio legis* ist aber dadurch aufgehoben, § 15 Abs 2 PSG fehlt jedenfalls aufgrund der Novelle jegliche teleologische Rechtfertigung.
- Zumal die Einleitung der Erläuterungen zur Novelle zu Recht den „*internationalen Wettbewerb* [der Privatstiftung] *mit ähnlichen Rechtsträgern im Ausland*“ betont, ist darauf hinzuweisen, dass keine der bekannten Stiftungsrechtsordnungen (insbesondere Fürstentum Liechtenstein, Schweiz, Deutschland) einen vergleichbaren Ausschluss der Destinatäre von der Geschäftsführung einer Stiftung kennt<sup>8</sup>. Zwar mag für in Österreich steueransässige Stifter aufgrund der Intransparenzkriterien des Steuerabkommens zwischen der Republik Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein<sup>9</sup> der Einsatz einer liechtensteinischen Stiftung insoweit keine günstigere Ausweichgestaltung eröffnen, weil das Steuerabkommen für die Anerkennung einer liechtensteinischen Stiftung die Einhaltung von Governance-Anforderungen des PSG und der Judikatur und darunter insbesondere des § 15 Abs 2 PSG fordert<sup>10</sup>; das Verbot der Vorstandsfunktion zulasten von Begünstigten muss aber im internationalen Wettbewerb der Rechtsformen ausländische Stifter vom Zuzug nach Österreich und der Gründung einer österreichischen Privatstiftung abhalten, obwohl gerade das Fehlen jeglicher Erbschafts- und Schenkungssteuer (und insbesondere einer der deutschen Erbschaftsteuer vergleichbaren Abgabe) Österreich – neben dem Fürstentum Liechtenstein – als ausgezeichneten – und seriösen (!) – Stiftungsstandort qualifizieren könnte.

<sup>8</sup> Nachweise bei *Hügel*, aaO 248.

<sup>9</sup> BGBl III 2013/301.

<sup>10</sup> Dazu etwa *Lechner*, Steuerliche Fragen bei Errichtung liechtensteinischer Substiftungen, ZFS 2015, 190, 191.

## C. Anmerkungen und Vorschläge zu den einzelnen Bestimmungen

### § 1 Abs 2 Z 2 – Land- und Forstwirtschaft

Der Gesetzestext muss klar zum Ausdruck bringen, dass der Betrieb einer Land- oder Forstwirtschaft durch eine Privatstiftung unverändert zulässig ist. Da es sich um ein „Unternehmen“ handelt, würde der Entwurfstext solchen Privatstiftungen die gesetzliche Grundlage entziehen.

Vorgeschlagene Änderung:

*„ein Unternehmen betreiben, es sei denn, es handelt sich um eine Land- oder Forstwirtschaft,“*

### § 3 Abs 2 – Pfändung und Verwertung von Stifterrechten

Das Änderungs- und Widerrufsrecht steht dem Stifter nicht von vornherein (aufgrund des Gesetzes) zu. Diese Rechte muss er sich vielmehr „vorbehalten“ (§§ 33, 34 PSG).

Vorgeschlagene Änderung:

*„Solche dem Stifter zustehenden oder vorbehaltenen Rechte können auch dann... gepfändet oder verwertet werden, wenn sie ihm nicht alleine oder nicht unbeschränkt zustehen ...“*

Allerdings sind manchmal Rechte Dritter zu beachten<sup>11</sup>: Eine „Beschränkung“ des Änderungsrechts soll gelegentlich bewirken, dass Rechte anderer Personen aus den änderungsfesten Satzungsbestimmungen nicht beschnitten oder aufgehoben werden können, weil den Rechten Gegenleistungscharakter zukommt. Hauptanwendungsfall ist die Einräumung einer änderungsfesten Begünstigtenstellung als Gegenleistung oder Bedingung für den Verzicht der Begünstigten, aufgrund der Widmung von Vermögen an die Privatstiftung Pflichtteilsansprüche geltend zu machen<sup>12</sup>. In den Erläuterungen sollte klargestellt werden, dass die Pfändbarkeit nicht unbeschränkt zustehender Rechte nicht in Rechte Dritter aus der Beschränkung eingreifen darf.

### § 5 – Begünstigter

Die Wendung „Zuwendungen erhalten soll“ könnte so verstanden werden, dass auch noch nicht aktuell festgestellte, sondern nach der Stiftungserklärung erst potentiell (künftig) feststellbare Begünstigte – zB die Kinder der aktuell Begünstigten – bereits als „Begünstigte“ einzuordnen sind, was zur Folge haben könnte, dass diesen noch nicht aktuellen Begünstigten gesetzliche Rechte, etwa der Auskunftsanspruch (§ 30 PSG), zukämen.

<sup>11</sup> Kollege Dr. Bernhard Motal hat mich dankenswerter Weise auf diese Problematik der Entwurfsregelung aufmerksam gemacht.

<sup>12</sup> Vgl Hügél, aaO 246 f; weiters Kalss/Müller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) § 25 Rz 124 f.

Vorgeschlagene Änderung:

*„Begünstigter ist derjenige, der von der Privatstiftung Zuwendungen erhält. Der Begünstigte kann in der Stiftungserklärung bestimmt oder bestimmbar bezeichnet werden.“*

#### **§ 14 Abs 4 – Aufsichtsorgan bei Ein-Personen-Vorstand**

Insbesondere bei sehr kleinen Privatstiftungen wäre es kontraproduktiv, die sinnvollerweise ermöglichte Reduktion des Organaufwands durch Zulassung auch eines Ein-Personen-Vorstands dadurch zu konterkarieren, dass die Stiftung zur Einrichtung eines Aufsichtsorgans gezwungen wird. Die Wahrnehmung der in § 25 genannten Aufgaben macht dies nicht notwendig. Vielmehr muss es dem Stifter freistehen, die in § 25 genannten Entscheidungen und Aufgaben nach einer Regelung in der Stiftungserklärung selbst wahrzunehmen oder durch eine „Stelle“ wahrnehmen zu lassen.

Anwendungsfälle sind zB „Mini-Stiftungen“, die – gewissermaßen als Ersatz für die in Österreich nicht funktionsfähige Testamentvollstreckung – die begrenzte und eindeutig definierte Aufgabe haben, in der Stiftungserklärung fixierte Barbeträge an begünstigte Familienmitglieder aus (ausschließlichem) Barvermögen der Stiftung zu verteilen. In solchen Fällen reicht ein Ein-Personen-Vorstand. Oft wird der Stifter hier ein Aufsichtsorgan als entbehrlich einstufen.

§ 14 Abs 4 sollte ersatzlos entfallen.

#### **§ 17 Abs 2a – Haftung des schlechtgläubigen Empfängers von Zuwendungen**

Vorgeschlagene Ergänzung:

*„wenn der Gläubiger von der Privatstiftung keine Befriedigung erlangen kann und der Empfänger bei Erhalt der Zuwendung nicht gutgläubig war.“*

#### **§ 18, § 20, § 21 – Rechnungslegung, Stiftungsprüfung**

Aus Zeitmangel konnte ich diese Regelungen nicht analysieren.

#### **§ 22 Abs 2 Z 2 – Aufsichtsratspflicht kraft Konsolidierungspflicht?**

Nach § 22 Abs 2 Z 2 ist ein Aufsichtsorgan zwingend einzurichten, wenn die Privatstiftung unter die Konsolidierungspflicht (§ 244, 246 UGB) fällt. Dies soll die Mitbestimmung im beherrschenden Rechtsträger ermöglichen<sup>13</sup>.

#### ***Haupteinwand: System- und Sachwidrigkeit der Anknüpfung an die Konsolidierungspflicht***

Die Neuregelung ist (a) systemwidrig und führt (b) zu sachwidrigen Ergebnissen. Der in der Aufgabe des GmbH-rechtlichen 300-Mitarbeiter-Kriteriums liegende Paradigmenwechsel wird in den Erläuterungen nicht begründet, geschweige denn die Andersbehandlung der Privatstiftung gegenüber den anderen mitbestimmten Rechtsformen gerechtfertigt.

<sup>13</sup> Siehe die Erläuterungen zu § 22 Abs 3 des Entwurfs (am Ende).

- (a) Bei keiner anderen Gesellschaftsform hängt die Aufsichtsratspflicht oder Mitbestimmung von der Konsolidierungspflicht ab. Rechnungslegungsfragen sind mitbestimmungsrechtlich wertungsneutral und daher irrelevant.
- (b) Nach den ErlRV zur Stammfassung wollten die Redaktoren die Aufsichtsratspflicht nach dem Vorbild des § 29 GmbHG regeln (siehe auch § 22 Abs 4 PSG). Ein mitbestimmungsrechtlicher Grund, die Privatstiftung anders als die GmbH zu behandeln, ist nicht ersichtlich und wurde auch noch nie behauptet. Demgegenüber würde die Novelle die Privatstiftung gegenüber der GmbH teils „benachteiligen“, teils „bevorzugen“: Ist eines oder sind beide der bilanziellen Größenkriterien des § 246 UGB überschritten, wäre die Privatstiftung sowohl mit weniger als 300 Mitarbeitern – ja uU sogar ohne Mitarbeiter!<sup>14</sup> – aufsichtsratspflichtig; die GmbH hingegen erst ab mehr als 300 Mitarbeitern und unabhängig von Bilanzkennzahlen. Umgekehrt wäre eine Privatstiftung, die die beiden Größenkriterien nicht überschreitet, selbst mit deutlich mehr als 300 Arbeitnehmern aufsichtsratsfrei.

Der geltende § 22 PSG sollte beibehalten werden.

#### ***In eventu: Korrekturen der Entwurfsfassung***

Andernfalls müsste die Neuregelung wie folgt eingeschränkt werden:

Wenn der in § 22 Abs 2 Z 2 genannte Beherrschungstatbestand des § 244 UGB in Wahrheit nicht vorliegt, weil die Privatstiftung die Beherrschung nicht ausübt, sondern lediglich Beteiligungsverwaltung durchführt, muss eine Ausnahme eingreifen,. Dies entspricht der Wertung in § 110 Abs 6 Satz 3 ArbVG, wonach das Entsendungsrecht des Zentralbetriebsrates (Betriebsrates) *„entfällt, wenn sich die Tätigkeit des beherrschenden Unternehmens auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen bei beherrschten Unternehmen beschränkt“*. Gleichsinnig § 110 Abs 6a ArbVG.

In der bloß beteiligungsverwaltenden Holding (AG, GmbH, Genossenschaft) findet keine Mitbestimmung statt!

Dies zeigt, dass auch eine beherrschende Privatstiftung im Falle der bloßen Beteiligungsverwaltung kein zwingendes Aufsichtsorgan einrichten muss, denn dieses ist in § 22 lediglich für Zwecke der Mitbestimmung vorgesehen.

Vorgeschlagene Ergänzung:

*„die Privatstiftung, inländische Kapitalgesellschaften oder inländische Genossenschaften im Sinne des § 244 UGB beherrscht, es sei denn, es greift eine größenabhängige Befreiung im Sinn des § 246 UGB ein oder die Tätigkeit der beherrschenden Privatstiftung ist auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränkt.“*

<sup>14</sup> Man denke an eine Holding-Stiftung mit hohen Beteiligungsbuchwerten und mehr als 48 Mio Euro Dividendenerträgen.

### § 22 Abs 3 – zwingendes (mitbestimmtes) Aufsichtsorgan

Die in § 22 Abs 3 vorgesehene Ausnahme von der Verpflichtung zur Einrichtung eines Aufsichtsorgans ist von der *ratio legis* getragen, dass auf der Ebene der Privatstiftung ein (mitbestimmtes) Aufsichtsorgan entbehrlich ist, wenn die von der Privatstiftung beherrschte Kapitalgesellschaft selbst einen mitbestimmten Aufsichtsrat hat.

Die *ratio legis* ist im Entwurfstext jedoch nur unvollständig verwirklicht:

- Zunächst ist die Beschränkung auf den Fall einer Tochter-Kapitalgesellschaft, „*an der die Privatstiftung zu zumindest 90% beteiligt ist*“, unberechtigt. Ausreichend muss alleine die Existenz eines (mitbestimmten) Aufsichtsrats in der beherrschten Kapitalgesellschaft sein. Ob diese im Wege einer 51%igen oder höheren Beteiligung beherrscht wird, ist für die „Substituierung“ des Aufsichtsorgans auf der Stiftungsebene durch den Aufsichtsrat in der Kapitalgesellschaft irrelevant. Der teleologische Hintergrund des Erfordernisses einer zumindest 90%igen Beteiligung ist unverständlich. Warum sollte eine „schwächer“, nämlich nur mit 51% beherrschende Privatstiftung zu einer Mitbestimmung auf der eigenen Ebene gezwungen sein, eine „dominantere“ Privatstiftung mit einer 90%igen Beteiligung aber nicht?

Das Ausmaß der beherrschenden Beteiligung – zwischen 51% und 100% – ist für den zutreffenden Gedanken der „Substituierung“ des mitbestimmten Aufsichtsorgans durch den mitbestimmten Aufsichtsrat auf der Ebene der beherrschten operativen oder Holding-Kapitalgesellschaft irrelevant.

- Schließlich muss die Ausnahme auch den Fall mehrerer Kapitalgesellschaften auf der Ebene unterhalb der Privatstiftung erfassen.

Vorgeschlagene Änderung:

*„Abs. 2 Z 2 ist nicht anzuwenden, wenn die Privatstiftung alle inländischen Tochtergesellschaften bloß mittelbar durch eine oder mehrere Kapitalgesellschaften mit eingerichtetem Aufsichtsrat beherrscht.“*

### § 23 Abs 1 – keine Mindestgröße des freiwilligen Aufsichtsorgans

Ob und wie groß ein Aufsichtsorgan einzurichten ist, hat – jedenfalls im Falle des freiwilligen Aufsichtsorgans – ausschließlich der Stifter im Rahmen seiner Privatautonomie zu entscheiden. Abgesehen von der unberechtigten Durchbrechung der Stifterautonomie durch die Entwurfsfassung ist es auch widersprüchlich, den Stifter, der freiwillig ein Aufsichtsorgan einrichtet, zu einer Mindestgröße des Organs zu zwingen, obwohl er die Einrichtung des Aufsichtsorgans auch unterlassen könnte.

Außerdem existieren zahlreiche Privatstiftungen mit nur zweigliedrigem Beirat. Wie die OGH-Judikatur würde die Novelle in diese Organstrukturen eingreifen. Nicht nur würde – wie durch die OGH-Judikatur – die privatautonome Gestaltung der Stifter nachträglich missachtet; zusätzlich würde die Novelle – wie die OGH-Judikatur – zahlreiche Stifter zur Änderung ihrer Stiftungserklärungen zwingen.

Vorgeschlagene Änderung:

*„Das Aufsichtsorgan gemäß § 22 Abs. 2 muss aus mindestens drei Personen bestehen.“*

### **§ 23 Abs 3 – keine zwingende „Drittelbeteiligung familienfremder Mitgliedern“ im Aufsichtsorgan**

Die (nicht gemeinnützige) Privatstiftung ist ein ausschließlich im Interesse der Begünstigten bestehender Verband (Korporationsform). Weder öffentliche Interessen, Gläubigerinteressen noch Interessen sonstiger Dritte erfordern es, familienfremde Mitglieder zwingend in das Aufsichtsorgan zu entsenden. Wessen Interessen sollten diese Mitglieder wahrnehmen?

Ob „seine“ Familie (die Begünstigten) die Beiratsentscheidungen sachgerecht alleine treffen können oder eine Beratung und Unterstützung durch „neutrale“ und sachkundige familienfremde Beiratsmitglieder erhalten sollen, dies zu entscheiden obliegt alleine dem Stifter aufgrund seiner Einschätzung der Familienmitglieder und seiner Vorstellungen über eine zweckmäßige Foundation Governance.

Demgegenüber ist der Zwang zu einer „Drittelbeteiligung von familienfremden Mitgliedern“ eine gegen die Privatautonomie des Stifters verstoßende, unzulässige Bevormundung des Stifters. Die Regelung sollte daher auf ein „Aufsichtsorgan gemäß § 22 Abs. 2“ beschränkt werden.

### **§ 25 Abs 3 – Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsorgans**

§ 25 Abs 3 könnte zu dem Umkehrschluss verleiten, dass die in den Z 1 bis 4 genannten Kompetenzen nur gerade einem Aufsichtsorgan zugewiesen werden können. Da der Stifter aber nicht gezwungen ist, ein Aufsichtsorgan einzurichten, steht es ihm frei, in der Stiftungserklärung festzusetzen, dass die fraglichen Kompetenzen ihm selbst, einem Gremium oder einer „Stelle“ einzuräumen sind.

Der Einleitungssatz sollte um folgenden Halbsatz erweitert werden:

*„... Angelegenheiten erweitert werden, welche auch einem sonstigen Organ oder Gremium, einer Stelle zugewiesen oder dem Stifter vorbehalten werden können.“*

Dadurch wird auch ein Widerspruch zu § 5 Abs 3 des Entwurfs vermieden, der die Festlegung der Höhe der Zuwendung durch eine „Stelle“ (oder durch ein Aufsichtsorgan) erwähnt.

### **§ 25 Abs 3 Z 4 – Festlegung der Höhe der Zuwendungen**

Auf den Widerspruch zwischen § 5 Abs 3 („Festlegung der Höhe der Zuwendung“) und § 25 Abs 3 Z 4 („Erstattung von Vorschlägen für Zuwendungen“) wurde bereits oben hingewiesen.

Vorgeschlagene Änderung:

*„die Feststellung von Begünstigten und die Festlegung der Höhe der Zuwendungen an Begünstigte.“*

### **§ 25 Abs 5 – keine zwingenden Verfahrensregelungen beim freiwilligen Aufsichtsorgan**

Die Festsetzung einer Mindestzahl an Sitzungen ist nur beim mitbestimmten Aufsichtsorgan – durch die Interessen der Belegschaft – rechtfertigbar. Richtigerweise nimmt der zweite Satz des § 25 Abs 5 das freiwillige Aufsichtsorgan von der zwingenden Einberufungs- und Mindestsitzungsanzahlregelung des Satzes 1 aus<sup>15</sup>.

Die zusätzliche Voraussetzung der Abbedingung des Satzes 1 in der Stiftungserklärung ist – vor dem Hintergrund der Privatautonomie des Stifters – systemwidrig und auch eine unnötige Erschwerung:

- Wenn der Stifter die Einhaltung bestimmter Verfahren im Zusammenhang mit dem Aufsichtsorgan wünscht, soll er dies (positiv) in der Stiftungserklärung festsetzen.
- Wenn die Entwurfsfassung demgegenüber – geradezu gegenteilig – dem Stifter aufgibt, in der Stiftungserklärung ein Opting-out aus der Anwendung des Satzes 1 zu erklären, dann zwingt die Novelle alle Stifter, die keine Anwendung der Novellenregelung im ersten Satz wünschen, zu einer Änderung der Stiftungserklärung. Dies ist unnötiger Aufwand. Hinzu kommt: Bei Uneinigkeit mehrerer gemeinsam änderungsberechtigter Stifter oder Wegfall des Änderungsrechts kann auch das „Sonderänderungsrecht“ des Vorstands nach § 42 Z 2 nicht helfen, weil kein „*Widerspruch zu zwingenden Bestimmungen des PSG in der Fassung der PSG-Nov 2017*“ vorliegt.

Folglich sollte der erste Satz des § 25 Abs 5 auf das Aufsichtsorgan „gemäß § 22 Abs. 2“ beschränkt werden, der zweite Satz sollte entfallen.

### **§ 27 Abs 2 – gerichtliche Bestellung von Organmitgliedern**

Die Notbestellungskompetenz des Gerichts sollte von einer Regelung in der Stiftungserklärung unabhängig sein.

Die Wortfolge „*wenn die Stiftungserklärung keine Regelung vorsieht*“ sollte daher entfallen.

### **§ 28 Abs 2 – Verbot des Mehrstimmrechts im Aufsichtsorgan**

Das Verbot des Mehrstimmrechts (auch) für das Aufsichtsorgan (Beirat) in § 28 Abs 2 ist zunächst inhaltlich abzulehnen: Für unterschiedlich gewichtete Stimmen können entsprechend der Besonderheiten der jeweiligen Stiftung und des Stifter- und Begünstigtenkreises verschiedene sachliche Gründe sprechen, was unten anhand von zwei Beispielen erläutert wird.

Vor allem aber verstößt das Verbot gegen die Privatautonomie des Stifters.

Zwingende Allgemeininteressen, wie Gläubigerschutz, Verkehrsschutz (gesetzlich normierte Vertretungsmacht), Arbeitnehmerschutz oder andere öffentliche Interessen, die eine Einschränkung der Privatautonomie des Stifters rechtfertigen könnten, sind jedenfalls beim freiwilligen Aufsichtsorgan nicht

<sup>15</sup> Wie oben angemerkt, sollte im Falle eines Ein-Personen-Vorstands keine Verpflichtung zur Einrichtung eines Aufsichtsorgans bestehen (Streichung des § 22 Abs 2 Z 3).

ersichtlich. Wiederum (wie in § 15 Abs 2 PSG) fände sich eine zwingende Regelung – ein Verbot – im PSG, das niemanden schützt.

Hinzu kommt, dass § 28 Abs 2 zu einem dramatischen Eingriff in Stifter- und Begünstigtenrechte und damit zu Machtverschiebungen in Stiftungsorganisationen führen würde, die bei Uneinigkeit zwischen Mitstiftern oder fehlendem Änderungsrecht nicht korrigierbar wären.

Dazu folgende Beispiele:

Im Stiftungsbeirat soll Stimmenparität zwischen dem Stifter und seinen beiden Kindern bestehen: Den beiden Kindern stehen je zwei Mitglieder zu. Dem Unternehmensgründer (Hauptstifter) stehen ebenfalls zwei Mitglieder zu, denen aber – zwecks Herstellung der stimmenmäßigen Parität gegenüber den Kindern – jeweils eine Doppelstimme zukommt.

Aufgrund der PSG-Novelle würde den Vertretern des Stifters schlicht und einfach das Doppelstimmrecht entzogen, man könnte auch sagen „enteignet“. Die Vertreter der Kinder könnten die Vertreter des Stifters überstimmen, ein Ergebnis, das den Stifterwillen ins Gegenteil verkehrt.

Das „Notänderungsrecht“ der Übergangsbestimmung des Stiftungsvorstands (§ 42 Z 2 PSG) kann wiederum nicht helfen, weil die hier vorgesehene Anpassung an die Novelle gerade nur die Streichung des Doppelstimmrechts auch im Urkundentext durchführen müsste. Wenn der Stifter bei der Ausübung des Änderungsrechts durch einen Mitstifter blockiert wird, kann auch das „Notänderungsrecht“ nicht helfen, denn dieses umfasst ja nur die Beseitigung des „*Widerspruchs zu zwingenden Bestimmungen des PSG in der Fassung der PSG-Nov 2017*“, also die Beseitigung des Doppelstimmrechts. Das „Notänderungsrecht“ umfasst aber nicht die hier – zwecks Verwirklichung der Parität im Stiftungsbeirat erforderliche – Zuweisung zusätzlicher Vertreter an den Stifter.

In manchen Fällen hat der Stifter die Beteiligung familienfremder Beiratsmitglieder zwecks Beratung der Familienmitglieder im Beirat in der Stiftungserklärung angeordnet. Gehören dem Beirat – insbesondere bei mehreren Familienstämmen – mehrere oder sogar zahlreiche Familienangehörige an, wird ein entsprechendes Stimmengewicht der familienfremden Beiratsmitglieder oft durch die Einräumung von Mehrstimmrechten verwirklicht.

In beiden Beispielen hat das Mehrstimmrecht den Zweck, zu große Beiräte zu verhindern: Wäre das Kopfstimmrecht zwingend, müssten im ersten Beispiel dem Stifter vier Mitglieder zugewiesen werden und im zweiten Beispiel uU zahlreiche familienfremde Mitglieder dem Beirat angehören. Zu große Organe sind aber unerwünscht. Hinzu kommt das oben geschilderte „Auswahlproblem“, die Schwierigkeit eine ausreichende Anzahl vertrauenswürdiger familienfremder Mitglieder zu finden, denen die vertraulichen Details der Stiftung offengelegt werden können.

Ich kann daher nur dringend raten, die Regelung des § 28 Abs 2 PSG zu streichen oder auf den Stiftungsvorstand zu beschränken.

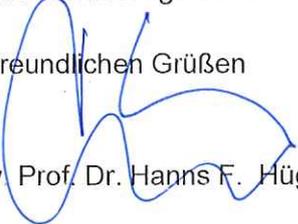
Andernfalls würde die Novelle nicht nur – in verdienstlicher Weise – Eingriffe des OGH in die Stiftungsorganisationen sanieren, sondern entgegen den eindrucksvollen Ausführungen im „Allgemeinen Teil“ der Erläuterungen nur partiell „*Rechtssicherheit ... schaffen*“. Nach mehreren durch die OGH-Judikatur (Vorstandsentscheidung, Beiratsentscheidung, Judikatur zum AR-ähnlichen Beirat)

erzwungenen Änderungen der Stiftungsurkunden, die die Stifter und ihre Familien wegen der geänderten Einfluss- und Rahmenbedingungen, aber auch wegen des Aufwands der Änderungen, verärgert und das Vertrauen in die „*Rechtssicherheit*“ im Stiftungsrecht schwer erschüttert haben, würde § 28 Abs 2 der Novelle erneut Änderungen der Stiftungserklärungen erzwingen, die zwecks Vermeidung von Machtverschiebungen vielfach die Bestellung zusätzlicher familienfremder Mitglieder erfordern und – wo keine Einigung unter den Mitstiftern besteht (siehe das Beispiel) – sogar endgültige Machtverschiebungen, die den Stifterwillen konterkarieren, herbeiführen könnten.

Die Novelle würde in diesem Punkt das Gegenteil dessen bewirken, was sie zu Recht als eine ihrer wichtigsten Zielsetzungen nennt.

Die Einschränkung eines Nominierungsrechts für einen Beiratsvertreter mit zwei oder mehr Stimmen auf ein Nominierungsrecht, bei welchem der Nominierte nur über eine Stimme verfügt, ist auch im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie bedenklich.

Mit freundlichen Grüßen



Univ. Prof. Dr. Hanns F. Hügel

Anl. erw.